Die Rückgewähr des Anfechtungsgegenstandes bei der Gläubigeranfechtung innerhalb und ausserhalb des Konkurses.

Inaugural-Dissertation

zur

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

AGAD
LUBELSKI
BIBL.

vorgelegt von

Albert Theilheimer

aus Gunzenhausen

Rechtspraktikant in München.

Approbiert am 11. Mai 1909.

MÜNCHEN

Buch- und Kunstdruckerei von August Victor

1909.

37

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann.

Meinen teueren Eltern

dankbarst gewidmet.

Disposition.

I. Abschnitt: Die Wirkung der Anfechtung.

§ 1. Grundlagen der Anfechtung.

§ 2. Dingliche und obligatorische Natur des Anfechtungsanspruches.

§ 3. Theorie des positiven Rückgewähranspruches.

II. Abschnitt: Erfüllung der Rückgewähr.

§ 4. Allgemeines.

§ 5. Mobilien.

§ 6. Immobilien.

§ 7. Forderungen und Rechte.

§ 8. Hypotheken und andere grundbuchmässige Rechtsgeschäfte.

§ 9. Vollstreckungshandlungen.

§ 10. Umfang der Rückgewähr.

§ 11. Ersatzleistung.

§ 12. Anfechtungsanspruch und ungerechtfertigte Bereicherung.

§ 13. Sicherung des Rückgewähranspruches.

I. Abschnitt.

Die Wirkung der Anfechtung.

§ 1.

Grundlagen der Anfechtung.

Das Schuldrecht beruht auf dem Prinzip, dass jeder Schuldner seine Verpflichtungen vollständig zu erfüllen habe, während der Gläubiger vollständige Befriedigung seiner Ansprüche verlangen könne. Eine Ausnahme davon bilden die Bestimmungen der Zwangsvollstreckung, wonach dem Schuldner der äusserste Notbedarf belassen werden muss. Eine weitere Ausnahme statuiert das Konkursrecht, welches bestimmt, dass nach Eröffnung des Konkursverfahrens nicht der eine Gläubiger vollständige Befriedigung verlangen kann, während der andere mit seinen Ansprüchen ganz und gar durchfällt, sondern alle Gläubiger sollen gleichheitlich und gemeinschaftlich pro rata ihrer Forderungen befriedigt werden, bezw. in gleicher Weise Verluste erleiden. Nach § 1 KO. ergreift das Konkursverfahren das ganze der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, soweit es ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehört.

Um das Prinzip einer gleichheitlichen Befriedigung aller Gläubiger aus dem Gesamtvermögen des Gemeinschuldners zu sichern, erklärt § 7 KO. alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach Eröffnung des Verfahrens den Gläubigern gegenüber für unwirksam.

Im dritten Titel des Konkursgesetzes gibt der Gesetzgeber ein weiteres Sicherungsmittel zur Durchführung dieses Gedankens: gewisse Rechtshandlungen sollen auch vor Eröffnung des Kon-

kurses, wenn die Eröffnung des Konkurses sehr bald zu erwarten ist und die Befriedigung der Konkursgläubiger dadurch benachteiligt wird, nicht mehr erfolgen. Die Motive begründen diese Vorschriften durch folgende Schilderung der Sachlage [1]):

„Dass Schuldner in ihrer Not beträchtliche Werte verschleudern, um den drohenden Konkurs abzuwenden, dass bedrängte Schuldner ihr Vermögen unter ihre Gläubiger verteilen, nicht nach Recht und Gebühr, sondern nach Zufall und eigener Willkür, dass Schuldner leicht zugänglich und in Erwartung von Gegendiensten die letzten Augenblicke ihrer Verfügungsfreiheit dazu benutzen, einzelne Gläubiger vor anderen zu begünstigen, dass böswillige Schuldner oft schon von langer Hand Vermögensstücke beiseite schaffen, um dann in Konkurs zu gehen oder dass sonst die Gläubiger, wenn es zum Konkurs kommt, ein leeres Nachsehen finden, ist eine zu häufige Erscheinung des Lebens, als dass die Gesetzgebung sich dazu schweigend verhalten dürfte. Es gilt, dem Befriedigungsverfahren die Grundlage, die Befriedigungsmasse zu sichern, unrechtmässig derselben entzogene Vermögensstücke derselben wieder zuzuführen."

Es ist aber nicht zu verkennen, dass durch diese Gesetzgebung die Rechte des einzelnen Gläubigers, der darnach zu trachten hat, seine Schulden einzuziehen, bedeutend benachteiligt werden, wie auch die Sicherheit des Verkehrs dadurch gefährdet wird. Wenn eine Rechtshandlung den gesetzlichen Anforderungen sowohl nach der formellen Seite wie seinem inneren Bestande nach entspricht, so muss das Rechtsgeschäft gültig sein. Wenn gar noch die Rechtswirksamkeit eines solchen Rechtsgeschäftes von Bedingungen abhängig wird, die bei Geschäftsabschluss noch nicht vorhanden sind, wenn das Rechtsgeschäft als unbedingt und ohne sonstige Nebenabrede abgeschlossen und trotzdem durch spätere Ereignisse, die bei Geschäftsabschluss nicht vorhanden waren, seiner Wirksamkeit entkleidet wird, so ist mit Recht die Frage nach dem Rechtsgrund solcher Bestimmungen zu erheben.

---

[1]) Hahn, Die gesammelten Materialien zur KO. etc. Berlin 1881, S. 108.

Worauf nun die Anfechtung beruht, ist sehr bestritten.

Es wird in der Literatur behauptet, die Anfechtung beruhe auf einem deliktischen Tatbestand, insoferne als doloser Weise die Konkursgläubiger benachteiligt werden. Diese Theorie muss versagen bei der Anfechtung einer unentgeltlichen Verfügung gegenüber einem gutgläubigen Empfänger. Jaeger weist in überzeugender Weise nach, dass der Anfechtungsanspruch nicht als ein Deliktanspruch anzusehen ist, nach seiner Meinung ist in der Anfechtungsobligation nur eine obligatio ex lege zu sehen; denn „das Anfechtungsrecht der Gläubiger ist eine im Interesse der Aufrechterhaltung des Kredits geschaffene positiv rechtliche Ausnahmesatzung“ [1]). Die Anfechtungsbestimmungen sind vollständig einseitiger Natur. Sie ergreifen die Partei des Gläubigers. Daraus ergibt sich aber auch die Notwendigkeit, dass die Ausnahmesatzung nur soweit ihre Wirkung äussere, als es der Zweck verlangt. Die Gläubiger vor Benachteiligung zu schützen bezw. die eingetretene Benachteiligung wieder gut zu machen. In dem Charakter der Ausnahmebestimmung liegt es auch, dass aus dem Gesetz nicht mehr entnommen wird, als es wirklich bestimmt, dass diese Bestimmungen nicht auf dem Wege der Analogie ihren Anwendungskreis erweitern, dass sie also als etwas Singuläres betrachtet werden, das mit anderen Rechtsinstituten nicht verwandt ist oder gar in seiner Natur und Wirkung anderen Rechtsinstituten gleicht.

§ 2.

Dingliche und obligatorische Natur des Anfechtungsanspruches.

Wie nämlich die rechtliche Natur des Anf.-R. bestritten ist, so herrscht auch bezüglich der Wirkungen der A. keine Uebereinstimmung. Zwei Ansichten werden vertreten: die Mehrheit der Juristen vertritt in Theorie und Praxis die Lehre von

---

[1]) Jaeger KO. S. 226.

der obligatorischen Wirkung der Anfechtung, während eine im Wachsen begriffene Richtung der A. eine dingliche Wirkung zuspricht; als Vertreter dieser Ansicht sind anzuführen: Hellwig [2]), Kipp-Windscheid [3]), Crome [4]), Hellmann [5]), Fitting [6]), Wolff [7]) usw.

Die obligatorische Theorie ist begründet durch den Begriff der Unwirksamkeit. Nach den Motiven zum Entwurf einer KO.[1]) gibt dieses Institut den Gläubigern „das Recht, die Verfügung des Gemeinschuldners in ihrem Erfolge anzufechten. Die Veräusserung ist den Gläubigern gegenüber wirkungslos, sie steht ihren Ansprüchen nicht entgegen und auf Seite 123 l. c. heisst es „das Rechtsgeschäft bleibt, selbst wenn dessen Anfechtbarkeit richterlich ausgesprochen wird, als an sich rechtsgültig bestehen und behält seine Wirkung unter den handelnden Teilen nach dem Inhalt des Geschäfts."

Das Rechtsgeschäft soll also nicht nichtig werden, sondern nur den Anfechtungsberechtigten gegenüber in wirtschaftlicher Beziehung, d. h. bezüglich des Uebergangs von Vermögenswerten vom Vermögen des Gemeinschuldners in dasjenige des anfechtenden Gegners keine Wirkung haben. Es entsteht also für die Anfechtungsberechtigten nur ein Anspruch auf Herausgabe des durch das Rechtsgeschäft gemachten Erwerbs. Dieser Anspruch ist obligatorischer Natur und geht nur auf Rückgewähr desjenigen, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, bezw. auf Duldung der Zwangsvollstreckung in diese Vermögensstücke. Diese Theorie wird vertreten von den Motiven, vom Reichsgericht und der überwiegenden Mehrheit der Juristen.

Im Gegensatz hierzu wird seit der Einführung des B. G.-B. von Hellwig als Begründer die Behauptung aufgestellt, dass durch die Anfechtung die Rechtshandlung in ihrem rechtlichen

---

[1]) Hahn a. a. O. S. 128. [2]) Zeitschrift f. d. Zivilpr. Bd. 26, S. 474 ff., Verträge auf Leistung an Dritte § 58, Anspruch und Klagerecht, S. 81, Wesen und subjekt. Begrenzung der Rechtskraft S. 119, No. 14, Lehrbuch der Zivilpr. Bd. I, S. 224, No. 9. [3]) Pandekten Bd. II, S. 1020 ff. [4]) Bürgerl. Recht Bd. I, S. 352 ff. [5]) Konkursrecht S. 353 ff. [6]) Rechtskonkursrecht S. 218 ff. [7]) Konkursordnung S. 125.

Bestande den Gläubigern gegenüber vernichtet wird. Die anfechtbare Uebertragung von Eigentum werde also durch die Anfechtung nichtig. Die Gläubiger könnten also auf Grund Eigentums die Herausgabe verlangen. Dieser Anspruch charakterisiert sich als dinglich.

Da es für die Rückgewähr von durchschlagender Bedeutung ist, welche Ansicht die massgebende sein soll, so sei hier eine Besprechung dieser Frage angebracht.

Im § 29 sagt die KO.: Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sind, können als den Konkursgläubigen gegenüber unwirksam nach Massgabe der folgenden Bestimmung angefochten werden. Und ebenso bestimmt § 1 des AG., dass die Rechtshandlungen als den Gläubigern gegenüber unwirksam angefochten werden können. Die Wirkung der Anfechtung enthalten § 37 KO. bezw. § 7 AG.

Wenn nun die Rechtshandlung den Gläubigern gegenüber schon vor der Anfechtung unwirksam ist, so bedürfte es eigentlich keiner Anfechtung, überhaupt keiner besonderen Rechtshandlung. Es würde sich erübrigen, die Wirkungen aus diesem Zustand der Unwirksamkeit geltend zu machen. Das Wort „anfechtbar“ wäre also überflüssig, ja es würde einen Widerspruch bedeuten, wenn eine an sich unwirksame Handlung durch eine Rechtshandlung noch einmal unwirksam werden könnte.

Dieser Zustand würde sich bei einer Auffassung des Wortes „anfechten“ entsprechend der Bedeutung dieses Begriffes im B. G. B. ergeben. Denn „anfechten“ im Sinne des B. G. B. bedeutet ja, eine gültige rechtswirksame Handlnng durch eine Erklärung als von Anfang an nichtig zu machen.

Gerade aber im Anschlusse an die Anfechtungsfälle im B. G. B. mit der Wirkung des § 142 B. G. B. wird der konkursrechtlichen Anfechtung dingliche Wirkung beigelegt.[1])

[1]) Eine Anzahl von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen zeigen die Form von gültigen Rechtshandlungen. Ihre Rechtskraft beruht auf dem formalistischen Prinzip, d. h. sie sind rechtsgültig, da sie in rechtsgültiger Form vorgenommen sind. An und für sich leiden diese Geschäfte an einem die Rechtskraft hindernden Mangel.

Ein Rechtsgeschäft kann nur wirksam sein, wenn es auch dem wirklichen Willen der Handelnden entspricht. Gegen diesen Mangel verstossen aber die wegen

Man sagt, bisher möge die Gläubigeranfechtung obligatorische Wirkungen geäussert haben, nach der Schaffung des B. G. B. sei die Wirkung dinglich, da die Civilgesetzgebung mit Wirkung vom 1. I. 1900 ein einheitliches Ganzes bilde. Die Terminologie sei überall gleich geordnet und das gleiche Wort

---

Irrtums und Täuschung anfechtbaren Rechtsgeschäfte. Denn hiebei kommt nicht der wahre Wille zum Ausdruck, sondern nur die auf Nichtwissen beruhende Willensäusserung, die aber dem Willen, welcher der Rechtshandlung zugrunde liegen soll, nicht entspricht. Bei der wegen Drohung anfechtbaren Rechtshandlung ist die Rechtshandlung nur dadurch zustande gekommen, dass das eigentlich Gewollte wegen äusserer Umstände, die vom Gegenkontrahenten ausgenützt wurden, nicht zum Ausdruck gelangt. Auch hiebei erfolgte das Rechtsgeschäft nicht nach dem wahren Willen der beiden Kontrahenten. Auf diesen Gründen beruht die Anfechtung gemäss §§ 119 und 123 B. G. B. Auch die anderen Anfechtungsfälle beweisen, dass die Rechtshandlung an einem wesentlichen Mangel leidet. Die Anfechtbarkeit der Ehelichkeit eines Kindes § 1591 ff. beruht darauf, dass gewisse Rechtsfolgen aus einem nichtbestehenden Tatbestand hergeleitet werden. Rechtsfolgen können aber nur an den Tatbestand geknüpft werden, der tatsächlich vorliegt. Die Ehelichkeit eines Kindes nun ist nur gegeben, wenn das Kind aus dem Verkehr des Ehemanns mit der Mutter des Kindes entsprungen ist. Hat dieser Verkehr nicht stattgefunden, so konnte ein eheliches Kind nicht geboren werden. Die Anfechtung beruht also auf einen innerlich unwahren Tatbestand. Das Recht soll aber nur auf Wahrheit, nicht auf einer Unmöglichkeit beruhen.

Die Anfechtbarkeit der Ehe gemäss §§ 1332 bis 1335 beruht auf denselben Erwägungen wie die Anfechtung gemäss §§ 119/123 B. G. B., während § 1331 B. G. B. eine Anfechtung gewährt, weil ein beschränkt Geschäftsfähiger ohne Zustimmung seines Vertreters kein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat. Es liegt also hier eine nicht rechtsverbindliche Willensäusserung vor, da das Gesetz der Willensäusserung von Verfügungsbeschränkten, soferne sie sich verpflichten sollen, ohne Zustimmung ihres Vertreters keine Rechtskraft beilegt.

Die Anfechtbarkeit nach §§ 2340, 2345 B. G. B. hat ihren Grund darin, dass eine Rechtshandlung erfolgt ist, die nach dem Gesetz vermieden werden soll, da eine Person Erbe geworden ist, die nicht erben sollte. Es wird also ein Gesetz hiemit verletzt, eine Gesetzverletzung aber entzieht dieser Handlung ihre Rechtsverbindlichkeit. Der Gesetzgeber nimmt nämlich an, der Erblasser hätte wohl einem Erben, der sich gegen ihn nach § 1339 B. G. B. vergangen hat, mit Wissen nicht zum Erben machen wollen, dass also der durch Testament zu erkennende Wille des Erblassers nicht den rechten oder nur einen unzuverlässigen Ausdruck gefunden hat (FISCHER-HENLE, ERL. zu § 2340 A. G. B.)

Die Anfechtung nach § 2078 B. G. B. ist entsprechend den §§ 119, 123 B. G.-B. Ähnlich verhält es sich mit § 2079, wobei die Anfechtung eine Rechtshandlung, die in Unkenntnis der wahren Sachlage erfolgt war, ergreift, und auf diese Weise ebenfalls nicht der eigentliche Wille des Erblassers zum Ausdruck gelangt ist, den der Erblasser geäussert hätte, wenn er den richtigen Sachverhalt gekannt hätte.

habe die gleiche Bedeutung ohne Unterschied, ob es im B. G. B. oder in der KO. vorkommt.

Wie die Anfechtung im B. G. B. in ihrer verschiedenartigen Anwendung überall die gleichen Folgen äusssere, so sei kein Grund einzusehen, weshalb die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung nicht dieselbe Wirkung zeigen solle; denn sonst hätte dieser Ausdruck „Anfechtung" nicht gebraucht oder geändert werden müssen.

Nun hebt mit Recht Oertmann [1]) hervor, dass aus der Annahme der Bedeutung der bürgerlich-rechtlichen Anfechtung, wenn man die Gläubigeranfechtung auf dieselbe Stufe stellt, folgende Anomalie entstehe.

Nach B. G.-B. heisst „anfechten" ein Rechtsgeschäft nichtig machen. Wird also angefochten, dann wird das ganze Rechtsgeschäft nichtig (§ 142 B. G. B.). Nach § 29 KO./§ 1 AG. wird die Rechtshandlung angefochten, also müsste sie nichtig werden und zwar allen Parteien gegenüber, wenn hier die Anfechtung dieselbe Wirkung wie die bürgerlich-rechtliche zeigen soll. Nun soll aber die Anfechtung erfolgen, da die Rechtshandlung dem Gläubiger gegenüber unwirksam ist. Es ist schon oben darauf hingewiesen, dass die Anfechtung mit der Wirkung der Erzeugung einer Nichtigkeit nicht mehr verständlich wird; aber selbst wenn eine Unwirksamkeit vor der Anfechtung abgelehnt wird, bewirkt die Anfechtung nur den Gläubigern gegenüber eine Unwirksamkeit gemäss § 29 KO. 1 AG., während sie nach dem B. G. B. allen Kontrahenten gegenüber wirkt. Es ergibt sich also der von Oertmann geäusserte Widerspruch, dass die Anfechtung gleichzeitig allen Beteiligten gegenüber und doch nur den Gläubigern gegenüber wirken soll. Wenn dieser Widerspruch vermieden werden soll, dann ist die Folgerung nicht abzuweisen, dass die Wirkung der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung eine andere ist wie bei der Anfechtung nach dem B. G. B., wenn nicht anders das Wort „Anfechtung"

---

[1]) Oertmann, Wirkung der Gläubigeranfechtung in der Zeitschrift f. d. Z. P. Bd. 33.

als ein irrelevanter Begriff oder nur als eine Bezeichnung dieses Rechtsaktes angesehen werden soll, ohne dass ihm die Bedeutung der Anfechtung im allgemeinen zukommt. Wäre letzteres der Fall, dann kann die Anfechtung nach dem B. G. B. nicht mehr als Argument für die Nichtigkeit der Gläubigeranfechtung herangezogen werden; denn in diesem Falle würde das Wort „Anfechten" wegen Gläubigerbenachteiligung kein bestimmter rechtsbedeutsamer terminus technicus sein, an den sich solche Folgen knüpfen sollen wie bei der Anfechtung nach dem B. G. B.

Die Anhänger der Dinglichkeitslehre behaupten ferner, dass sich aus den verschiedenen Aenderungen der KO. und des AG. durch die Neuredaktion eine Aenderung der Wirkung der Anfechtung ergebe.

Vor allem wird darauf hingewiesen, dass seit 1900 die Anfechtung nur binnen Jahresfrist erfolgen könne (§ 41 KO., § 11 AG.). Die frühere Verjährungsfrist sei nunmehr in eine Ausschlussfrist umgewandelt worden. Es wäre also die Eigenschaft des Anfechtungsanspruches als eines Anspruches nach § 194 B. G. B. verneint, wie auch in der Begründung durch die Motive von Seiten der Regierung dargetan sei.[1]) Auch die Form der Anfechtung habe sich geändert, insoferne als die Anfechtung durch eine Erklärung ausserhalb des Prozessverfahrens geltend gemacht werden könne, wogegen sich mit treffender Begründung das Reichsgericht in seiner Entscheidung in Bd. 52 S. 341 ff. wendet.

Allein diesen Argumenten ist nicht ausschlaggebende Beweiskraft zugemessen. Dagegen lässt sich mit Recht einwenden: ist das Rechtsinstitut wirklich in seinem Wesen verändert worden, so müsste diese Aenderung des Wesens der Anfechtung einen besonderen Ausdruck im Gesetz gefunden haben. Dann hätten verschiedene Stellen geändert werden müssen, welche nur für die obligatorische Anschauung passen, die bisher das Gesetz beherrschte. Die Unterlassung dieser Aenderungen spricht dafür,

---

[1]) Hahn-Mugdan, Die gesammelten Materialien etc. Bd. 7, S. 241 ff.

dass die Prinzipien auch nach der Neuredaktion die gleichen bleiben sollten. Gerade aus den Motiven [1]) geht hervor, dass eine Aenderung im Prinzip nicht beabsichtigt war, wenn es dort heisst: „Die Absicht dieser Vorschläge des Entwurfs sei nur darauf gerichtet, die Art, wie die Anfechtung im Konkurse und nach den Vorschriften des erwähnten Reichsgesetzes ausgeübt werden sollte, mit den Vorschriften des B. G. B. in Einklang zu bringen". Es lässt sich also nur streiten, ob die Art der Anfechtung geändert worden ist, was das Reichsgericht ablehnt, da dieser Gedanke im Gesetze selbst keinen Ausdruck gefunden habe; dagegen liegt in dem obigen Zitat direkt eine Verwahrung gegen die Aenderung des Wesens der Anfechtung.

Hätte das Wesen der Anfechtung geändert werden sollen, so hätte der Ausdruck „als ... unwirksam" verschwinden oder in anderer Form enthalten sein müssen. Wenn die Anhänger der dinglichen Wirkung darin nur ein Uebersehen, einen „Fassungsfehler" finden wollen, so ist das nicht recht einleuchtend, besonders wenn man sich der Begründung dieses Zusatzes in den Motiven erinnert: „und in der Tat der Anspruch der Konkursgläubiger, den zu sichern und in Ausführung zu bringen das Verfahren bestimmt ist, kann nicht erst der richterlichen Entscheidung, welche das Verfahren eröffnet, seine Entstehung und Wirkung verdanken. Bestände er nicht zu Recht, so könnte die Entscheidung nicht ergehen. Die Entscheidung bestätigt nur den wirksam vorhandenen Anspruch. Er wird begründet durch die in ihrem Rechtsverhältnis der Beteiligten eingetretenen Tatsache durch die tatsächlichen Voraussetzungen, welche das Gesetz für die Eröffnung des Konkursverfahrens aufstellt". Der Gesetzgeber hätte doch auf diese Begründung zurückkommen müssen, wenn der Ausdruck „als ... unwirksam" in seiner Bedeutung hätte geändert werden sollen. Wenn behauptet wird, dieser Zusatz habe die Bedeutung, dass die anfechtbare Rechtshandlung erst infolge der Anfechtung den

---

[1]) Hahn-Mugdan Bd. 7, S. 293.

Gläubigern gegenüber unwirksam werde, so ist dafür schlechterdings im Gesetz oder in der Begründung dazu ein Anhaltspunkt nicht zu finden.

In diesem Zusammenhang ist weiterhin anzuführen, dass noch andere Bestimmungen im Gesetz enthalten sind, die gegen die Dinglichkeitslehre sprechen, dass bei der Neuredaktion des Konkurs- und Anfechtungsgesetzes, auf welche die Ansicht der dinglichen Wirkung gestützt wird, diese Bestimmungen nicht gefallen sind. So kann angeführt werden, dass bei der Annahme dinglicher Wirkung § 37 KO. und § 7 AG. nicht mehr am Platze wären; denn wenn die Rechtshandlung nichtig werden solle, so ist es klar, dass dasjenige, was auf Grund des Rechtsgesetzes vom Gemeinschuldner weggegeben wurde, wieder an denselben zurückgegeben werden muss. Bei der Neuredaktion hätte also dieser Paragraph verändert oder ausgeschieden oder ausdrücklich dahin begründet werden müssen, dass dadurch die dingliche Wirkung nicht berührt werden solle.

Müller führt[1]) zur Rechtfertigung des § 37 KO. aus, dieser Paragraph sei notwendig bezw. verständlich, da die Vollstreckung des Anfechtungsanspruches ohne diesen Paragraphen umständlich sei. Der Gläubiger müsste ohne § 37 KO. den Herausgabeanspruch, der im Interesse der Gläubiger als dem Schuldner zustehend gedacht werde, pfänden und sich überweisen lassen. Wenn aber der Grundsatz der Umständlichkeit des Verfahrens durchschlagend sein sollte, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch in anderen zahlreichen Fällen dieser einfache Weg gewählt werde.

Die Dinglichkeitslehre bestreitet nicht die Rechtsgültigkeit einer angefochtenen Handlung zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner. Diesem Schuldner steht, wenn das Geschäft gültig ist, kein Anspruch gegen den Anfechtungsgegner zu. Die Möglichkeit, einen zugedachten, in Wirklichkeit nicht existierenden Anspruch pfänden zu lassen, ist aber unserem Recht fremd. Dieser schuldnerische Anspruch braucht auf einer Fiktion,

[1]) Müller, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger S. 36.

Fiktionen sind aber nur zulässig, wenn sie das Gesetz ausdrücklich festlegt. Wenn dem Schuldner aber ein Anspruch zugedacht wird, so steht dieser Anspruch im Gegensatz zur Lehre von der Integrität des Rechtsgeschäftes zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner. Das Anfechtungsrecht ist übrigens nicht, wie Müller behauptet, ein accessorisches Recht, insoferne als die Ansprüche des Schuldners geltend zu machen sind, sondern es gewährt kraft eigenen Rechtes den Rückgewähranspruch. Nicht einen Anspruch des Schuldners, sondern seine eigenen Ansprüche verwirklicht der Anfechtungsgläubiger.

Andererseits spricht § 7 AG. nicht für die Dinglichkeitslehre. In diesem Falle wäre der Zusatz „als dem Schuldner gehörig" unnötig, denn das ergebe sich aus der Dinglichkeit. Wenn diese Worte nicht ausgeschaltet sind, so ist hierin vielmehr ein Beweis zu sehen, dass die dingliche Wirkung vom Gesetz abgelehnt wird. Der Zusatz „als . . . gehörig" ist aber sicherlich nicht in dem Sinne aufzufassen, als ob damit die möglichen Eigentumsverhältnisse angegeben werden sollen, als ob der anfechtbare Erwerb möglich noch im Eigentum des Schuldners stehe, sondern er soll die Art der Rückgewähr kennzeichnen, wie sie bei der Anfechtung ausserhalb des Konkurses zu erfolgen hat, worauf ich später noch zurückkommen werde. In diesem Sinne äussern sich auch die Motive: „Sein Anspruch gegen den Empfänger geht vielmehr nur auf Befriedigung aus der Sache, als ob diese noch zum Vermögen des Schuldners gehörte. In derselben Weise wie der Gläubiger, wenn die Sache im Vermögen des Schuldners geblieben wäre, gegen diesen sich aus derselben würde Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung verschaffen können, ebenso hat der Empfänger die Zwangsvollstreckung in die Sache zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers über sich ergehen zu lassen."[1])

Wenn § 38 KO. bestimmt, dass erst nach Erfüllung der Rückgewähr der Anfechtungsgegner einen Anspruch auf Rückerstattung seiner Leistung an den Gemeinschuldner hat, so wäre dieser Paragraph wiederum überflüssig, wenn die Anfechtung

[1]) Hahn-Mugdan Bd. 4, S. 743.

dinglich wirkte, ebenso wie § 39 KO. Denn diese Paragraphen sind nur bei Annahme der obligatorischen Wirkung vollkommen an ihrem Platze. Desgleichen spricht auch die Anfechtung gegen die Rechtsnachfolger gemäss § 40 KO. gegen die Annahme einer dinglichen Wirkung bezw. ihre Nichtänderung ist nicht damit in Einklang zu bringen, dass durch die Neuredaktion eine Aenderung im Wesen der Anfechtung erfolgt sei. Alle diese Nichtänderungen, bezw. der Umstand, dass die Aenderungen unterlassen worden sind, ohne bei irgend einer Stelle dem Gedanken Ausdruck zu verleihen, dass die dingliche Wirkung damit nicht beeinträchtigt werden soll, sprechen viel mehr dafür, dass eine Aenderung in der Auffassung über die Wirkung der Anfechtung nicht anzunehmen ist, als die wenigen Aenderungen, welche sich nur auf die Form der Anfechtung beziehen.

Ein weiterer Einwand gegen die Nichtigkeitslehre ergibt sich aus der Zusammenstellung von § 139 B. G. B. und § 7 AG. Nach § 7 AG. ist die Anfechtung nur soweit gegeben, als eine Benachteiligung des Gläubigers vorhanden ist. Es würde also hiebei eine teilweise relative Nichtigkeit entstehen; eine partielle Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes ist aber nach § 139 B. G. B. nur dann gegeben, wenn anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Es wird nun sehr häufig der Fall sein, dass das anfechtbare Rechtsgeschäft überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre, wenn die Nichtigkeit eines Teiles desselben bekannt gewesen wäre. In diesem Falle könnte dann die Nichtigkeit im ganzen Umfang geltend gemacht werden, da das Rechtsgeschäft gemäss § 139 B. G. B. im vollen Umfang nichtig würde. Ebenfalls eine Konsequenz, die mit dem Prinzip der Anfechtungsbestimmungen im Einklang steht.

Zum Schlusse möchte ich auch noch auf die Unterschiede zwischen der Anfechtung des B. G. B. und derjenigen wegen Gläubigerbenachteiligung hinweisen. Anmerkungsweise ist das Wesen der bürgerlich rechtlichen Anfechtung schon dahin charakterisiert worden, dass die Anfechtung im B. G. B. auf dem Mangel der Willenseinigung beruht und das Rechtsgeschäft deshalb eine

rechtsverbindliche Wirkung gar nicht äussern konnte, während bei der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung eine vollkommen rechtsgültige Handlung vorliegt. Im B. G. B. bedeutet die Anfechtung die Herbeiführung der Nichtigkeit, bei der Gläubigerbenachrichtung ergeben sich die Folgen aus § 37 KO. und 7 AG.; die Anfechtung nach dem B. G. B. erfolgt gegenüber dem Geschäftskontrahenten, anfechtungsberechtigt ist der bei diesem Geschäfte beteiligte Gegenkontrahent, während die Gläubigeranfechtung gegenüber einem Dritten und seitens eines Dritten geltend gemacht wird. Ferner unterscheiden sich die beiden Anfechtungen dadurch, dass bei der bürgerlich rechtlichen Anfechtung der gesamte Tatbestand für die Anfechtung schon von Anfang an gegeben war, während er bei der Gläubigeranfechtung bei Geschäftsabschluss noch nicht oder nicht vollständig vorhanden war. Das Ziel der bürgerlich rechtlichen Anfechtung ist die Beseitigung des Rechtsgeschäftes, bei der Gläubigeranfechtung handelt es sich um die Beseitigung des Erfolges. Die Anfechtung im B. G. B. ist nur die äussere Geltendmachung des Nichtbestehens eines Geschäftes, das von vornherein nichtig war. Sie hat die Nichtigkeit nur aufzudecken im Gegensatz zur Gläubigeranfechtung, die sie nach Hellwig erst begründen soll. Alle diese Unterschiede sprechen auch dafür, dass im Wesen der Anfechtung ein Unterschied vorhanden ist, demgemäss auch die Wirkung der beiden Anfechtungsarten verschieden ist.

§ 3.

Theorie des positiven Rückgewähranspruchs.

Im Obigen habe ich darzulegen versucht, auf welch' gewichtige Gründe die Ablehnung der Nichtigkeitstheorie als Folge der Anfechtung gestützt werden kann. Allein auch diejenige Unwirksamkeit, welche der Theorie der obligatorischen Natur des Anfechtungsanspruches zugrunde liegt, ist nicht unzweifelhaft. Auch dagegen erheben sich viele Bedenken.

In nachfolgender Erörterung möchte ich die Ansicht begründen, dass überhaupt irgend eine Unwirksamkeit als Grundlage oder Folge der Anfechtung nicht anzunehmen sei.

Vor allem ist die ratio legis des Anfechtungsinstituts zu wählen. Bei der Anfechtung liegt der Tatbestand vor, dass durch eine Rechtshandlung die der Befriedigung der Gläubiger im Konkurse oder ausserhalb derselben dienende Vermögensmasse des Schuldners verringert wird. Durch die Anfechtung nun soll dieser Zustand in der Richtung behoben werden, dass die Gläubiger durch die anfechtbare Handlung nicht benachteiligt werden, dass den Gläubigern trotz der anfechtbaren Handlung die gleiche Masse zur Befriedigung zur Verfügung stehe wie ohne dieselbe. Der Zweck der Anfechtung läuft daraus hinaus, die wirtschaftliche Benachteiligung der Gläubiger zu beseitigen, nicht eine rechtliche Begünstigung der Gläubiger herbeizuführen. Dies geht auch daraus hervor, dass die Rechtshandlung nur anfechtbar ist, wenn sie sich wirtschaftlich als den Gläubigern gegenüber schädlich erweist. Z. B. ist die Weggabe eines mit dem vollen Werte belasteten Vermögensstückes nicht anfechtbar, da die Gläubiger wirtschaftlich weder Nutzen noch Schaden davon ableiten können. Rechtlich wäre die Lage der Gläubiger unbedingt günstiger, wenn sie dieses Vermögensstück noch verwerten können.

Die Erreichung des Zieles der Anfechtung soll möglichst unter Vermeidung jeglicher Umstossung der Rechtslage infolge der Anfechtung vor sich gehen, sondern nur die wirtschaftlichen Interessen der Gläubiger fördern. Weiterhin sind die Gläubiger auch nicht geschützt. Durch den Begriff der Unwirksamkeit aber wird die rechtliche Lage verändert.

An erster Stelle ist zu fragen, was unter Unwirksamkeit überhaupt zu verstehen ist, speziell was die Unwirksamkeit des obligatorischen Anspruchs zu bedeuten habe.

Nach allgemeiner Ansicht bleibt die anfechtbare Rechtshandlung in ihrem rechtlichen Bestande erhalten, allein den Gläubigern gegenüber soll sie keine Wirkung äussern. Wir haben also die juristisch seltsame Erscheinung, dass, obwohl

eine Rechtshandlung auch gegenüber den Gläubigern rechtsverbindlich ist, die Wirkungen aus dieser Rechtslage cessieren sollen. Es wird hiedurch der Satz aufgestellt, dass eine rechtliche Tatsache besteht, an welche die Rechtsordnung die sonst üblichen Rechtsfolgen nicht knüpft, ein Grundsatz, der juristisch nicht befriedigend ist.

Auch die Vertreter der herrschenden Meinung können keine einwandfreie Begriffsbestimmung dieser Unwirksamkeit geben. Die Motive [1]) sagen: „Die Veräusserung ist den Gläubigern gegenüber wirkungslos, sie steht ihren Ansprüchen nicht entgegen. Das ist der Inhalt des Anfechtungsrechtes und darin liegt der Zweck und die Wirkung desselben: das vom Gemeinschuldner aufgegebene Objekt als noch zur Konkursmasse gehörig zu betrachten und zurückzufordern“ S. 123 l. c. heisst es: „Das Rechtsgeschäft bleibt, selbst wenn dessen Anfechtbarkeit richterlich ausgesprochen wird, als an sich rechtsgültig bestehen und behält seine Wirkung unter den handelnden Teilen.“ Und auf Seite 151 l. c. finden wir folgende Ausdrücke, die eine den obigen Zitaten entgegengesetzte Meinung darstellen: „Die angefochtene Handlung übt gegen die Konkursgläubiger keine Wirkung. Hinsichtlich der Gläubiger wird es so angesehen, als ob die Handlung nicht geschehen wäre. Die allgemeine Folge wäre also: Wiederherstellung des vor der Handlung bestandenen Rechtszustandes. Als Folge der Unwirksamkeit ergibt sich die Wirkungslosigkeit der anfechtbaren Rechtshandlung innerhalb der Grenzen obligatorischer Beziehungen.“ Die Meinung des Reichsgerichts geht dahin, dass die anfechtbare Handlung nicht nichtig sei, vielmehr sei nur für den Anfechtungberechtigten ein Forderungsanspruch begründet, der aber nicht bewirken kann, dass dieser Zustand extunc wieder hergestellt werde. Die bisher erzeugten Folgen der anfechtbaren Handlung fallen nicht von selbst und rückwärts zusammen. Die anfechtbare Handlung ist bis zur Ausübung der Anfechtung gültig und wirksam und verliert nur durch die Anfechtung den Gläu-

[1]) Hahn-Mugdan Bd. IV, S. 122.

bigern gegenüber ihre Wirksamkeit für die Zukunft.[1]) In einen Gegensatz dazu stellt sich das Reichsgericht bei der Frage der Anwendbarkeit des § 771 CPO. in den Entscheidungen Bd. 19 S. 202, Bd. 42 S. 345.

Nach Oertmann[2]) hinwiederum soll diese Unwirksamkeit nichts weiter besagen, als dass „die Gläubiger an derartige Rechtshandlungen ihrer Schuldner nicht gebunden sind, an ihnen nicht festzuhalten brauchen."

Jäger[3]) gibt seine Ansicht über die Bedeutung der Unwirksamkeit dahin ab, dass unwirksam „der normalen Wirksamkeit entbehren" bedeutet, der Begriff sei allgemein und farblos. Diese Blütenlese, die sich noch vermehren liesse, ergibt, dass unter den Vertretern der herrschenden Meinung eine genaue Vorstellung über die Unwirksamkeit nicht besteht, ja, dass wie z. B. das Reichsgericht und die Motive sich an verschiedenen Stellen wiederspruchsvoll äussern.

Kann also die Theorie eine einheitliche Definition der obligatorischen Unwirksamkeit nicht geben, so ist noch hinzuzufügen, dass in der Praxis diese Unwirksamkeit oft nicht aufrecht erhalten bleibt, sondern sich häufig in eine Nichtigkeit verwandelt. In der Praxis wird nicht der Rückgewähranspruch allein geltend gemacht, sondern eine ausdrückliche Feststellung der Unwirksamkeit verlangt und gewährt. Wenn im Urteil ausgesprochen wird: die anfechtbare Handlung wird den Gläubigern gegenüber für unwirksam erklärt, so wird damit auch tatsächlich die Rechtslage geändert. Es entwickelt sich hier aus der Anfechtungsklage neben der Leistungsklage den § 37 KO. auch noch eine Feststellungsklage. Damit wird auch die (rechtliche) relative Unwirksamkeit der anfechtbaren Handlung in rechtlicher Beziehung ausgesprochen. Man kann der Praxis nicht unrecht geben, denn mit der theoretischen Unwirksamkeitstheorie wäre ihr nicht geholfen.

---

[1]) Stiebeling, Recht der Anfechtung nach der KO. S. 60.
[2]) Oertmann, l. c. S. 16.
[3]) Jaeger, l. c. S. 219.

Dass die Unwirksamkeitstheorie — der Ausdruck ist von Linsmayer [1]) — nicht allgemein befriedigt hat, geht aus ihrer Ablehnung durch Menzel [2]) und Linsmayer hervor, welche gegen die Unwirksamkeitstheorie verschiedene Einwände erheben. Auch Seuffert scheint eine Unwirksamkeit abzulehnen, da er sagt, dass die Anfechtung nicht zur Folge habe, dass die angefochtene Rechtshandlung als nichtig oder als relativ unwirksam angesehen werde, sondern begründe nur eine Verbindlichkeit zur Rückgewähr des Erwerbes. Ich möchte mich aber hinsichtlich der Begründung keinem dieser Schriftsteller anschliessen. Ich bin der Ansicht, dass das Institut der Anfechtung als ein Ausnahmegesetz nicht auf allgemeine juristische Grundgedanken zurückzuführen ist, sondern sie beruht auf rein sozial-politischen wirtschaftlichen Gründen anolog den Paragraphen 810, 811, 850 CPO. Auch hier sind keine Rechtsgründe anzugeben; es sind einfach Schutzbestimmungen für den Schuldner. Das Anfechtungsgesetz bildet den Gegensatz hiezu, es gewährt den Schutz des Gläubigers. Die Wirkung der Anfechtung liegt lediglich in § 37 KO. bezw. § 7 AG. Es entsteht aus der Anfechtung der positive Anspruch der benachteiligten Gläubiger auf Rückgewähr des anfechtbaren Erwerbs bezw. auf Duldung der Zwangsvollstreckung desselben.

Diesen allgemeinen Erörterungen gegenüber möchte ich noch auf einige Sqezialpunkte hinweisen.

Die herrschende Meinung stützt sich bezüglich der Unwirksamkeit auf die §§ 29 KO. bezw. § 1 AG., weil es dort heisst: „als ..... unwirksam“.

Nach meiner Meinung kommt diesem Zusatz nicht die Bedeutung zu, dass dadurch eine Unwirksamkeit rechtlich herbeigeführt werden solle oder schon vorhanden sei, sondern ich möchte darin nur eine Abkürzung des Satzes sehen: als ob sie unwirksam wäre oder im weiteren Sinne, da sie unwirksam sein sollten. Diese Auslegung entspricht auch dem Ziele der An-

---

[1]) Linsmayer, Grund und Haftung etc.

[2]) Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger etc.

fechtung, dass nur eine wirtschaftliche Benachteiligung zu beheben ist, ohne dass in rechtlicher Beziehung eine Aenderung eintreten solle vor der Durchführung des Anfechtungsanspruches. Ich glaube, dass dieser Zusatz nur die Tendenz des Gesetzes angibt, bezw. verrät, auf welche Weise sich der Gesetzgeber die Möglichkeit dieser Bestimmungen dachte; ist doch auch bei den oben citierten Paragraphen der CPO. eine Unwirksamkeit der Rechtshandlung, auf Grund der die Zwangsvollstreckung betrieben werden soll, nicht ausgesprochen, trotzdem kann sie in das durch diese Paragraphen geschützte Vermögen nicht betrieben werden.

Dieser Zusatz „als ..... unwirksam“ hat dieselbe Bedeutung wie im § 7 AG. die Worte: „als noch zu demselben gehörig“, welcher dem Ausdruck „als ..... unwirksam“ entspricht.

Ueber die Auslegung des Zusatzes des § 7 AG. äussert sich Oertmann S. 21 l. c., dass man diese Worte auch in dem Sinne „als wenn sie noch gehörte“ deuten könne. Damit ist doch zugegeben, dass dieser Zusatz auch bedeuten kann, dass der anfechtbare Erwerb in Wirklichkeit nicht zum Vermögen des Schuldners gehöre. Das kann man auch aus den Motiven (Hahn Bd. IV, S. 743) schliessen, die sich dahin äussern, dass der Anspruch gegen den Empfänger auf Befriedigung aus der Sache richte „als ob diese noch zum Vermögen des Schuldners gehörte“. Auch damit ist zugegeben, dass in Wirklichkeit die Sache nicht mehr zum Vermögen des Schuldners gehört. Wie aber in diesen Worten nicht ein wirkliches Rechtsverhältnis zum Ausdruck gebracht werden soll, so ist auch die Erklärung nicht von der Hand zu weisen, dass auch der Zusatz „als .... unwirksam“ nicht eine wirklich bestehende Rechtslage festlegt.

Wenn man schon dem Ausdruck „als ..... unwirksam“ die Bedeutung zumisst, dass damit auch wirlich eine Unwirksamkeit zugrunde liegen soll, so sind folgende zwei Auslegungen möglich:

1) Die Rechtshandlung war schon vor der Anfechtung unwirksam;

2) durch die Anfechtung wird die Unwirksamkeit herbeigeführt.

ad. 1) Wenn die Rechtshandlung schon vor der Anfechtung unmirksam war, dann wären nur mehr die Folgen des § 37 in der Anfechtung zu sehen, die gemäss § 30, 31, 32 KO. begründet ist. Eine eigentliche „Anfechtung" im technischen Sinne würde überhaupt nicht mehr existieren. Dass der Weg der Klage vorgeschrieben ist, wäre ein unbilliges Verlangen, wenn die Handlung an und für sich schon unwirksam wäre, denn dieser Anspruch würde dann schon ohne richterlichen Ausspruch bestehen. Im allgemeinen steht ja der Weg der Klage nur offen, wenn der Anspruch bestritten ist. Hier ist aber dem Gegner gar nicht die Möglichkeit gegeben, die Klage zu vermeiden, denn der Anfechtungsberechtigte kann ja seinen Anspruch nur klageweise geltend machen.

Es ist aber noch weiter die Frage zu berücksichtigen, wann der Anfechtungsanspruch entstanden ist. Nach Jaeger entsteht der Anspruch, wenn eine der Erfordernisse zur Anfechtung gegeben sind, oder „mit der Vornahme eines der Tatbestandsmerkmale der Anfechtung". Die Rechtshandlung wäre also schon oft unwirksam mit der Vornahme der Rechtshandlung; speziell aber bei der Anfechtung nach dem AG. kann es vorkommen, dass der Anfechtungsberechtigte zur Zeit des Abschlusses der Rechtshandlung noch gar keine Forderungen gegen den Gemeinschuldner hatte, denn die Tatbestandsmerkmale für die Anfechtung können vorliegen für einen Gläubiger, der aber späterhin noch befriedigt worden ist, hierauf aber kann ein Anderer forderungsberechtigt werden, der nunmehr anfechten kann. Es soll also eine Rechtshandlung einer Person gegenüber unwirksam werden, die bei Vornahme der anfechtbaren Handlung noch gar keine Rechte geltend machen konnte, vielleicht noch nicht geboren war. Dieser Rechtszustand ist wohl nicht als erfreulich zu bezeichnen, denn wer noch keine Rechte gegen den Schuldner hatte, konnte durch eine Rechtshandlung nicht benachteiligt werden. Diese Sachlage aber kann

sich häufig bei der Anfechtung gegen den gutgläubigen Empfänger einer unentgeltlichen Leistung ergeben.

Das eine Rechtshandlung unwirksam wird durch ein später eintretendes Ereignis, das mit der Rechtshandlung in gar keinem Zusammenhange steht, das auch von keinem der Beteiligten vorhergesehen wurde oder werden musste, ist rechtlich kaum haltbar.

ad. 2) In diesem Falle würde die Unwirksamkeit beginnen mit der Feststellung, dass der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann, dass aber hiedurch eine Unwirksamkeit begründet werden soll, ist rechtlich ebenfalls nicht zu verteidigen.

Die Darstellung ad. 1 und 2 ergibt, dass eine Unwirksamkeit nicht mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in Einklang zu bringen ist.

Es ist sonach eine wirklich bestehende rechtliche Unwirksamkeit vor der Anfechtung oder infolge der Anfechtung kaum anzunehmen.

Auch die geschichtliche Entwickelung kann nicht gut für die Unwirksamkeitslehre verwendet werden, denn im römischen Recht und späterhin war die Unwirksamkeit damit begründet, dass die anfechtbare Handlung als ein Delikt angesehen wird. Wenn aber die deliktische Basis abgelehnt wird, so fällt auch dieser Grund für eine Unwirksamkeit hinweg.

II. Abschnitt.

Erfüllung der Rückgewähr.

§ 4.

Allgemeines.

Die Durchführung dieser Anfechtung, welche eine Schadloshaltung der Gläubigerschaft bezweckt, könnte in zweierlei Weise erfolgen. Da das Rechtsgeschäft gültig sei, so könnte das Gesetz bestimmen, dass der anfechtende Gegner den Wert zu ersetzen habe, welcher den Gläubigern durch die anfechtbare Handlung entzogen wird. Dieser Durchführung steht das Bedenken gegenüber, dass einerseits der Wert einer Sache sehr bestritten sein kann, so dass die Gläubiger entweder zu viel oder zu wenig bekämen, während andererseits der Schaden für die Gläubigerschaft nicht immer genau festgestellt werden könnte.

Die KO. und das AG. haben deshalb das Prinzip durchgeführt, dass die Gläubiger aus der Sache selbst ihre Befriedigung suchen sollen und haben diese Gedanken durch die §§ 37 KO. und 7 AG. festgelegt, wie folgt:

§ 37 KO. „Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, muss zur Konkursmasse zurückgewährt werden.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist".

§ 7 AG. „Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, dass dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schulners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig, von dem Empfänger zurückgewährt werden.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist."

Der Unterschied zwischen den beiden Paragraphen liegt in der Form der Rückgewähr entsprechend der Möglichkeit der Verwertung der Sache:

Im Konkurse wird die Verwertung der Masse so durchgeführt, dass teilweise freihändiger Verkauf, teilweise Zwangsverkauf angewendet wird. Erfahrungsgemäss ist der Weg der Zwangsversteigerung für den Gläubiger weniger vorteilhaft; wenn nun der Anfechtungsgegner auch im Falle des Konkurses nur die Zwangsvollstreckung in dem zurückzugewährenden Gegenstand zu dulden hätte, so könnten dadurch die Gläubiger oftmals Schaden erleiden. Es muss also dem Konkursverwalter die Möglichkeit gegeben werden, über die Sache so zu verfügen, als ob sie zur Konkursmasse gehörte. Der Anfechtungsgegner muss also den anfechtbaren Erwerb an den Konkursverwalter zurückgeben.

Im Falle der Anfechtung nach dem AG. liegt die Sache anders. Bei der Klage des Einzelgläubigers wird das Urteil durch die Zwangsvollstreckung verwirklicht. Wenn der Schuldner das anfechtbar Weggegebene noch hätte, so stünde dem Gläubiger das Recht zu, sich durch Zwangsvollstreckung in diesem Gegenstand zu befriedigen. Durch die Anfechtung soll der Gläubiger weder besser noch schlechter gestellt werden. Es muss ihm also die Möglichkeit gegeben werden, sich durch Zwangsvollstreckung in den Anfechtungsgegenstand zu befriedigen. Dieser Inhalt liegt auch dem § 7 AG. zugrunde. Deshalb ist bei der Anfechtung ausserhalb des Konkurses nicht die Rückgabe des Gegenstandes zur willkürlichen Verfügnng des Gläubigers darüber vorgeschrieben, sondern dem Gläubiger soll nur der Weg offen stehen, den er gegen den Schuldner einschlagen könnte, wenn die anfechtbare Handlung nicht vorgenommen worden wäre. Wie die Rückgewähr im Einzelnen erfolgt, soll in den nächsten Paragraphen dargelegt werden.

§ 5.

Bewegliche Sachen.

Soweit die beweglichen Sachen, die in anfechtbarer Weise aus dem Vermögen des Gemeinschuldners herausgekommen sind, sich noch im Besitze des Anfechtungsgegners befinden, müssen sie bei der Anfechtung im Konkurs an den Konkursverwalter zurückgewährt werden. § 36 KO. und § 37 KO.

Die Rückgewähr in diesen Fällen erfolgt dadurch, dass die Sachen dem Konkursverwalter herausgegeben werden, welcher darüber wie über einen Bestandteil der Konkursmasse verfügen kann.

Strittig hiebei ist, ob die zurückgewährten Sachen aus dem Eigentum des Anfechtungsgegners ausscheiden oder, ob der Konkursverwalter nur ein Verfügungsrecht zu Gunsten der Gläubiger besitzt.

Ausser den bei Oertmann l. c. S. 32 angeführten Gründen für die dingliche Wirkung der Rückgewähr ist auch noch aus der Gegenüberstellung von § 37 KO. und § 7 AG. ein Argument dafür abzuleiten:

Die Rückgewähr bei der ausserkonkursrechtlichen Anfechtung erfolgt in der Weise, dass der Anfechtungsgegner die Zwangsvollstreckung in die in seinem Eigentum stehenden, jedoch anfechtbar erworbenen Gegenstände zu Gunsten des Anfechtungsgläubigers zu dulden hat. Von einer Uebertragung von Eigentum an den Schuldner, aus dessen Vermögen der Anfechtungsgegenstand gekommen ist, ist nicht die Rede. Der Anfechtungsgegner bleibt Eigentümer des Gegenstandes, in den vollstreckt wird, während des ganzen Vollstreckungsverfahrens. Sein Eigentum erlischt erst mit dem rechtskräftigen Zuschlag, falls er die Sache nicht selbst erwirbt. In diesem Falle aber beruht sein Eigentum auf einem andern Rechtsgrund. Im Gegensatz hiezu ist die Rückgewähr bei der Anfechtung im Konkurs nicht auf die Duldung der Zwangsvollstreckung beschränkt. Hier ist keine bestimmte Art und Weise der Verwertung der anfechtbar erworbenen Sache vorgeschrieben. Die KO. ge-

braucht nun den an und für sich juristisch farblosen Ausdruck „zurückgewähren".

Im allgemeinen nun bedeutet dieses Wort soviel wie zurückerstatten. Wenn man etwas von einem Anderen eigentümlich erlangt hat und das Erlangte zurückerstatten muss, so bedeutet diese Rückerstattung eine Uebertragung des Eigentums am Erlangten. Hätte das Gesetz diesem Wort einen abweichenden Sinn beilegen wollen, so hätte diese Abweichung im Gesetz Ausdruck finden müssen. Dies ist geschehen bei der Rückgewähr ausserhalb des Konkurses, denn auch § 7 AG. verlangt die Rückgewähr. Aus dem Umstande nun, dass § 37 die Abweichung von der verkehrsüblichen Bedeutung des Wortes „zurückgewähren" im Gegensatz zu § 7 AG. nicht erwähnt, ist zu schliessen, dass das Gesetz das Wort „zurückgewähren" im verkehrsüblichen Sinne aufgefasst wissen will.

Bei der Ablehnung der dinglichen Wirkung der Rückgewähr ist auch die Verfügungsmacht des KV. über die zurückgewährte Sache kaum zu begründen. Nach § 6 KO. steht dem KV. nur über dies zur Konkursmasse gehörige Vermögen die Verfügung zu. Würde eine Sache aber nicht zu Eigentum des Gemeinschuldners zurückgewährt, so gehört sie nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners, also auch nicht zur Konkursmasse (§ 1 KO.). Der Verwalter könnte also darüber nicht verfügen — ein Resultat, das dem Ziel der Anfechtung entgegengesetzt ist.

Bleibt die zurückgewährte Sache noch im Eigentum des Anfechtungsgegners, so lässt sich die Verfügungsmacht des KV. auch nicht mit einer angenommenen Vertretungsmacht für den Anfechtungsgegner begründen. Denn jede Verfügung würde ja nun zu Gunsten des Anfechtungsgegners, nicht aber des Gemeinschuldners bezw. der Konkursgläubiger wirken. (§ 164 B. G. B.).

Auch auf Grund von § 1006 B. G. B. lässt sich eine befriedigende Lösung nicht finden. Gelangt der anfechtbare Erwerb wieder in den Besitz des Gemeinschuldners, so wird allerdings sein Eigentum an den zurückgewährten beweglichen

Sachen vermutet. Allein diese Vermutung wäre leicht zu widerlegen, so dass eine Verfügung des KV. nur gutgläubigen Erwerbern gegenüber zu Recht bestehen bliebe.

Eine dingliche Wirkung der Rückgewähr sprechen auch die Motive [1]) aus, nach welchen der Anfechtungsgegner zur Abgabe der grundbuchrechtlichen Erklärungen wie Löschungsbewilligung verpflichtet sein soll. Gerade im Gebiet der grundbuchrechtlichen Geschäfte wäre die Verfügungsgewalt des KV. ohne Uebertragung zu Eigentum bei der Rückgewähr gleich null, da nur derjenige zur Verfügung berechtigt ist, der als Berechtigter im Grundbuch eingetragen ist. Im Grundbuch ist aber als Eigentümer der Anfechtungsgegner eingetragen. Der Inhalt des Grundbuches ist auch richtig. Denn der Anfechtungsgegner ist ja nur obligatorisch zur Rückgewähr verpflichtet. Er hat das Eigentum an anfechtbar erworbenem Grundstück erworben, durch die Anfechtung ist Nichtigkeit nicht eingetreten, so dass er Eigentümer blieb. Der KV. könnte also im Gebiete des Immobilienrechts überhaupt nicht verfügen, denn der Anfechtungsgegner ist nur dem KV. gegenüber zur Auflassung, sowie zur Abgabe anderer Erklärungen verpflichtet, da der KV. das Anfechtungsrecht ausübt und nur der zur Ausübung Berechtigte die Abgabe der Erklärungen verlangen kann.

Wenn aber für die unbeweglichen Sachen eine Rechtsänderung durch die Rückgewähr bewirkt wird, so kann sie auch bei der Rückgewähr von beweglichen Sachen nicht bestritten werden.

Eine dingliche Wirkung muss auch angenommen werden, wenn man der Tendenz des Gesetzgebers entsprechen will, dass durch die Rückgewähr der Zustand wieder hergestellt werden soll, wie er vor der Anfechtung bestand. War die zurückgewährte Sache vor der Anfechtung im Eigentum des Gemeinschuldners, so kann der frühere Zustand nur dadurch wiederhergestellt werden, wenn die zurückgewährte Sache wieder im Eigentum des Gemeinschuldners zurückgelangt. Diese Tendenz

[1]) Mot. zur KO. Erl. zu §§ 30—32.

ist durch das Wörtchen „zurück“ zum Ausdruck gebracht, was die Bedeutung hat, dass das Eigentum wieder an denjenigen gelangen soll, der es übertragen hat.

Aus allen angeführten Gründen glaube ich mit Recht daran festhalten zu müssen, dass die Rückgewähr zu Eigentum des Gemeinschuldners zu erfolgen hat.

Seuffert[1]) unterscheidet bei der Rückgewähr von beweglichen Sachen zwischen vertretbaren uud nichtvertretbaren Sachen. Bei den nichtvertretbaren Sachen sei die Sache zurückzugeben, welche aus dem Vermögen des Gemeinschuldners herauszutordern ist. Anders dagegen gestalte sich die Rückgewähr bei den vertretbaren Sachen. Hier gehe der Anspruch nur auf Leistung derselben Art, Güte und Menge.

Diese Ansicht dürfte nicht ganz zutreffend sein, denn es soll gerade nur dasjenige, was aus dem Vermögen des Gemeinschuldners herausgekommen ist, wieder zurückgewährt werden; selbst wenn eine Gattungsware weggegeben wurde, so verwandelt sie sich mit der Weggabe in eine bestimmte Menge bestimmter Sachen, in eine Speciesleistung. Der Anspruch des Anfechtungsklägers geht ja nicht auf eine bestimmte Menge von Sachen, sondern mit den Worten des Gesetzes auf dasjenige, was „durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist“.

Wenn der Anfechtungsgegenstand nicht mehr vorhanden ist, die bewegliche Sache also in natura nicht mehr zurückgewährt werden kann, so tritt an Stelle der Naturalleistung die Ersatzleistung, die in einem späteren Paragraph behandelt werden soll.

Es ist hier noch die Frage zu berücksichtigen, ob die Rückgewähr in natura zu erfolgen hat, wenn die anfechtbar erworbene Sache mit einer anderen Sache verbunden, vermischt, umgearbeitet worden ist. Für diese Fälle dürfte der Grundsatz massgebend sein, ob die Ausscheidung des anfechtbaren Er-

[1]) Seuffert, Konkursprozessrecht S. 221.

werbes noch möglich ist. Ist dies der Fall, so geht der Anspruch auf Herausgabe dieser Sache, die von der zusammengesetzten Sache abgetrennt werden müsste. Durch die Verbindung des anfechtbaren Erwerbs mit einer anderen Sache erstreckt sich gegebenenfalls das Eigentum an der Hauptsache auch über die bewegliche Sache, die anfechtbar erworben wurde. Dies kann aber nicht hindern, wenn die Trennung noch möglich ist, dass im Falle der Anfechtung die Rückgewähr durch Trennung der beiden Sachen und Rückgabe des abgetrennten Anfechtungsgegenstandes zu erfolgen hat. Denn hier handelt es sich nicht darum, ob das Eigentum des Schuldners untergegangen ist, was nicht bestritten wird. Ist die Trennung nicht möglich, so tritt an Stelle der Naturalleistung die Ersatzleistung ein. Nach dem Anfechtungsgesetz kann der Gläubiger nicht die Herausgabe der Sache beanspruchen, sondern nur die Duldung der Anfechtungsgegners-Zwangsvollstreckung in das entzogene Vermögen gemäss § 7 AG., soweit die gläubigerische Forderung vom Schuldner nicht befriedigt wurde. Die Zwangsvollstreckung erfolgt gemäss § 803 ff., § 808 ff. C. P. O.

§ 6.

Unbewegliche Sachen.

Nach übereinstimmender Anschauung besteht die Rückgewähr von unbeweglichen Sachen bei der Anfechtung a. d. K. in dem Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung wie bei beweglichen Sachen. Darauf ist auch der Klagsantrag zu richten. Siehe R. G. Bd. 56, S. 142, Jaeckel, Fischer und Schaefer etc.

Ebenso wie bei beweglichen Sachen eine Uebertragung des Eigentums gemäss § 7 AG. nicht in Frage kommt, kann auch bei der Rückgewähr von unbeweglichen Sachen bei der ausserkonkursrechtlichen Anfechtung eine Uebertragung des Eigentums nicht verlangt werden. Wenn die Zwangsvollstreckung in die unbewegliche Sache betrieben wird, so ist § 17 ZVG. be-

obachtet, denn die Vollstreckung richtet sich gegen den Anfechtungsgegner, der im Grundbuche als Eigentümer eingetragen ist.

Bei der Anfechtung im Konkurse besteht diese Uebereinstimmung hinsichtlich der Rückgewähr von unbeweglichen Sachen nicht mehr. Zwei Richtungen werden hier vertreten:

Das Reichsgericht und mit ihm Wilmowski, Jaeckel, Fischer-Schaefer usw. wenden § 7 AG. auch bei der konkursrechtlichen Anfechtung im Falle des § 37 KO. bei der Zwangsversteigerung eines Grundstückes analog an. In RG. Bd. 56 S. 145 heisst es:

> „weshalb nicht eine gleiche Beurteilung einzutreten hatte, falls es sich um eine entsprechende Anfechtung innerhalb des Konkursverfahrens handelt, ist nicht einzusehen. Hier wie dort wohnt der Anfechtung die Tendenz bei, dass die anfechtbare Rechtshandlung nur relativ zu beseitigen ist. Ausserhalb des Konkurses soll die Unwirksamkeit dieser Handlung eintreten, soweit es zur Befriedigung des Anfechtungsklägers erforderlich ist, im Konkurse aber, damit für die Konkursmasse und damit für die Konkursgläubiger ein Vorteil errungen werde."

Das Reichsgericht stellt sich hiemit auf den Standpunkt, dass auch für den Fall der konkursrechtlichen Anfechtung nicht die Herausgabe an die Konkursmasse zu erfolgen habe, sondern nur die Duldung der Zwangsvollstreckung verlangt werden könne. Nicht zu bestreiten ist, dass dadurch die Durchführung des Anfechtungsanspruchs bequemer und weniger kostspielig würde, als wenn Rückübertragung stattfinden müsste. In juristischer Beziehung dürfte dies aber nicht von Belang sein.

Eine andere Ansicht vertritt Jaeger[1]), Seuffert[2]), welche für den Fall der konkursrechtlichen Anfechtung die Rückübertragung des grundbuchmässigen Eigentums an die Konkursmasse verlangen, mit der Begründung:

Wenn die Rückübertragung nicht stattgefunden hätte, so könne der Konkursverwalter darüber nicht verfügen, da der

[1]) Jaeger, KO. Anm. 14 zu § 37, S. 325, Anm. 21 zu § 37, S. 327.
[2]) Seuffert, S. 221.

Konkursverwalter nur über Gegenstände der Masse verfügen kann, gemäss § 6 und § 117 KO. Ferner kann der KKv. nach § 126 KO. die Zwangsvollstreckung nur in die zur Masse gehörigen Immobilien betreiben. Inhalt des § 37 ist die Rückgewähr zur Masse ganz entsprechend der Verwertungsmöglichkeit des Konkursverwalters. Es besteht, wie schon früher betont, der Unterschied zwischen § 7 AG. und § 37 KO., der sich aus der Verschiedenheit der Verwertungsmöglichkeiten des Anfechtungsgegenstandes ergibt. Falls der anfechtbare Erwerb noch im Eigentum des Gemeinschuldners stünde, könnte der Konkursverwalter darüber verfügen, Zweck der Anfechtung ist es aber, dem Konkursverwalter diese freie Verfügungsgewalt zu verschaffen. Wenn ein Rückübertragen des Eigentums nicht stattfände, so wäre dem Konkursverwalter nicht die Möglichkeit gegeben, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, denn der Anfechtungsanspruch geht im Konkurs nicht auf die Duldung der Zwangsvollstreckung, sondern auf Herausgabe. Andererseits hinwiederum wäre die Form des § 17 ZVG., der gemäss § 172 ZVG. zur Anwendung gelangt, nicht beobachtet, da der Gemeinschuldner in dessen Eigentum vollstreckt werden soll, nicht eingetragen ist, der Anfechtungsgegner hinwieder nicht Vollstreckungsschuldner ist. Denn die Vollstreckung erfolgt wegen Forderungen gegen den Gemeinschuldner.

Bei dem freihändigen Verkauf eines Grundstücks, das infolge der Anfechtung an die Konkursmasse zurückgewährt werden muss, ist der Anfechtungsgegner zur Auflassung verpflichtet. Diese Ansicht ist nirgends bestritten. Diese Rückübertragung ist auch unumgänglich, wie sich aus der Uebertragung von Grundeigentum ergibt.

Zur Uebertragung von Grundeigentum ist gemäss § 925 und § 773 B. G. B. Einigung des Berechtigten und Eintragung im Grundbuch erforderlich. Berechtigt ist der buchmässige oder wirkliche Eigentümer, da ihm nur ein Anspruch auf Rückgabe des Gegenstandes zusteht. Würde er also trotzdem über den Anfechtungsgegenstand verfügen, so würde er über fremdes Eigentum verfügen. Wenn der Gegenkontrahent weiss, dass

der Verkäufer nur Anfechtungskläger ist, ohne dass das Eigentum am Grundstück auch wirklich zurückübertragen wurde, kann er, wenn er vom Anfechtungskläger — im Falle des Konkurses vom Konkursverwalter, der die Rechte der benachteiligten Gläubiger ausübt — das Grundstück kauft, Eigentum daran nicht erwerben, da er weiss, dass der Gemeinschuldner nicht Eigentümer des Grundstücks ist und übrigens der Anfechtungsgegner noch im Grundbuche als Eigentümer eingetragen ist. Der eingetragene Eigentümer, der Anfechtungsschuldner ist aber nicht verpflichtet, an den Dritten Eigentum zu übertragen, mit dem er ja in keiner Beziehung steht, sondern ist nur verpflichtet, an den KKV. die Sache herauszugeben. Der Konkursverwalter hinwiederum kann die Wirkung der Anfechtung nur in der Richtung gegen sich selbst geltend machen. Er kann nur verlangen, dass der anfechtbare Erwerb an ihn zurückgewährt wird. Wenn also eine Rückübertragung von Eigentum im Falle des Konkurses nicht notwendig wäre, so wäre überhaupt der freihändige Verkauf von Grundstücken durch den Konkursververwalter nicht möglich.

Wenn aber für den Fall des freihändigen Verkaufs Grundeigentum zurückübertragen werden muss, so liegt kein Grund vor, warum im Falle der Zwangsversteigerung die Rückübertragung unterbleiben soll. Ganz besonders ist aus dem Wortlaut des § 17 ZVG. zu entnehmen, dass die Zwangsversteigerung in den Anfechtungsgegenstand durch den Konkursverwalter nur betrieben werden kann, wenn der Gemeinschuldner eingetragen ist, denn nach § 17 muss entweder der Vollstreckungsschuldner eingetragen sein oder Erbe des eingetragenen Eigentümers sein. Diese beiden Erfordernisse sind nicht gegeben, wenn der Konkursverwalter die Zwangsvollstreckung in den Anfechtungsgegenstand betreibt. Der § 17 ZVG. drückt den Gedanken aus, dass der Vollstreckungsschuldner wirklich am Vollstreckungsgegenstand dinglich berechtigt ist; im Falle der Anfechtung fehlt aber diese dingliche Berechtigung des Vollstreckungsschuldners — des Gemeinschuldners. — Auch aus den Motiven ist aus der Begründung zu § 7 AG. die Notwendigkeit der

Rückübertragung zu schliessen, da hier die Duldung der Zwangsvollstreckung in einen Gegenstand gebracht wird zum Anspruch auf die zurückzugewährende Sache selbst, der durch § 37 KO. gegeben ist.

Wenn man ferner die Rückübertragung von Eigentum bei beweglichen Sachen zugibt, so ist doch damit das Prinzip der Rückübertragung von Eigentum im allgemeinen zugegeben und ein Unterschied zwischen Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen erscheint nicht gerechtfertigt.

Wenn ferner eine Vormerkung zur Rückübertragung des Eigentums an Immobilien im Grundbuch eingetragen werden kann, was vom Reichsgericht nicht bestritten wird, so ergibt sich daraus, dass dann auch der durch die Vormerkung geschützte Anspruch verwirklicht werden kann.

Der Anfechtungsgegenstand muss so zurückgewährt werden, wie er aus dem Vermögen des Schuldners gelangte. War er vor der anfechtbaren Handlung nicht belastet, wurde aber nachher belastet, so hat der Anfechtungsgegner die Belastung zu beseitigen bezw. wenn die Beseitigung nicht möglich ist, in Höhe der Belastung Ersatz zu leisten. War der Gegenstand belastet, so braucht der Anfechtungsgegner die Belastung nicht zu beseitigen, denn die Gläubiger können nicht mehr verlangen, als dem Schuldner gehörte. War der Gegenstand vor der anfechtbaren Handlung belastet und hat der Anfechtungsgegner die Belastung beseitigt, so steht ihm das Recht zu, diese Belastung wieder eintragen zu lassen.

§ 7.

Forderungen und Rechte.

Die Anfechtung ergreift nicht nur diejenigen Rechtshandlungen, welche die Uebertragung von Eigentum betreffen, sondern auch Rechtshandlungen im Gebiete des Obligationenrechtes.

Wenn eine Leistung noch nicht vollzogen wurde, so äussert sich die Wirkung der Anfechtung nach den Motiven in folgen-

der Weise: „wenn die Vermögensverringerung, gegen welche die Anfechtung durchgreift, noch in den Grenzen der obligatorischen Beziehungen zum Gegner geblieben ist, so bewendet es bei der Wirkungslosigkeit der Handlung. Die anfechtbar erklärte Verpflichtung, Anerkennung, Verpfändung, Verbürgung, Entlassung, Quittung usw. ist nicht verbindlich gegen die Konkursgläubiger und den Verwalter; derselbe macht die durch sie beeinträchtigten Rechte des Gemeinschuldners so geltend, als ob die Handlung nicht erfolgt wäre (Hahn Bd. IV, S. 151).

Dem Resultat dieser Anfechtung ist beizustimmen, auch wenn man eine Unwirksamkeit infolge der Anfechtung nicht annimmt. Der Konkursverwalter könnte gegen eine Klage des Anfechtungsgegners, auf Erfüllung der obligatorischen Verpflichtung die Einrede erheben, dass diese Vermögensrechte des Anfechtungsgegners an die Anfechtungsberechtigten zurückgewährt werden müssen, wodurch sich der Klageanspruch des Anfechtungsgegners nicht rechtfertigen würde.

Bei der Uebertragung von Forderungen können sich zwei Fälle ergeben:

1) der Schuldner hat eine ihm zustehende Forderung gegen einen Dritten an den Anfechtungsgegner anfechtbar übertragen,
2) der Schuldner hat auf eine ihm gegen den Anfechtungsgegner zustehende Forderung verzichtet.

Bei der Anfechtung im Konkurs hat der Konkursverwalter als Vertreter der benachteiligten Konkursgläubiger im Falle 1 einen Anspruch auf Rückgewähr der Forderung, die ein Vermögensstück des Gemeinschuldners bildete und nach § 37 KO. zurückzugewähren ist. Die Rückgewähr dieser Forderung erfolgt durch Cession an den Gemeinschuldner, was in Literatur und Praxis anerkannt ist. Ist die Forderung nach der anfechtbaren Handlung erloschen, so tritt an Stelle des Anspruchs auf Cession ein Ersatzanspruch auf Zahlung eines der Forderung entsprechenden Geldbetrages.

Im zweiten Falle ist ebenfalls Vermögen vom Gemeinschuldner weggegeben worden. Durch den Verzicht auf die

Forderung ist aber die Forderung unbedingt untergegangen. Nach der Theorie der obligatorischen Unwirksamkeit besteht der Verzicht zu Recht, die Wirkungen des Verzichts treten aber den Konkursgläubigern gegenüber nicht ein. Wenn nun aber der Verzicht zu Recht besteht, die Forderung also untergegangen ist, dann ist eine Rückcession der Forderung nicht mehr möglich; es bleibt also nur mehr ein Anspruch auf Zahlung in Höhe der Forderung bestehen.

Wurde die Anfechtung nach dem AG. geltend gemacht, so hat der Anfechtungsgegner gemäss § 7 die Zwangsvollstreckung in die ihm anfechtbar übertragene Forderung entsprechend § 828 ff. CPO. zu dulden. Ist auf eine Forderung anfechtbar verzichtet worden, so hat der Anfechtungsgegner in Höhe des Forderungsbetrages Zahlung zu leisten, da ja die Forderung untergegangen ist und an Stelle der Duldung der Zwangsvollstreckung die Ersatzleistung zu treten hat.

§ 8.

Hypotheken und andere grundbuchmässige Rechtsgeschäfte.

A. Anfechtung im Konkurs.

Die herrschende Anschauung geht dahin, dass die anfechtbar erworbene Hypothek im Verhältnis zu den Gläubigern unwirksam sei. Es ergibt sich hieraus, dass bei der Verwertung der Hypothek an Stelle des eingetragenen Hypothekgläubigers, gegen den die Anfechtung erfolgt ist, die Konkursgläubiger die Vorteile der Hypothek geniessen sollen. Bei der Durchführung der Rückgewähr besteht Meinungsverschiedenheit.

Das Reichsgericht [1]) und mit ihm die meisten Theoretiker und Praktiker sind der Ansicht, dass der Anfechtungsberechtigte vom Anfechtungsgegner die Löschungsbewilligung der Hypothek

---

[1]) Siehe nächste Seite.

verlangen kann, wenn die Rückgewähr nicht anders zu ermöglichen ist. Es sind auch Fälle möglich und sehr häufig, dass dem Rückgewähranspruch Genüge geleistet wird, wenn den Konkursgläubigern das Recht zugesprochen wird, dass der auf die Hypothek fallende Betrag bei der Zwangsversteigerung an die Konkursmasse fallen sollte.

Das Reichsgericht begründet in mehrfachen Entscheidungen (siehe Bd. XXX, S. 90, Bd. XX, S. 29) diese Art der Rückgewähr damit, dass im Falle der konkursrechtlichen Anfechtung eine volle Rückerstattung an die Konkursmasse stattzufinden habe. Die Rückgewähr erfolge in der Form, wie sie für die Hypothekengeschäfte vorgeschrieben ist, nämlich durch Eintragung im Grundbuch bezw. durch Erklärung der Löschungsbewilligung des eingetragenen Hypothekengläubigers. Richtig daran ist sicher, dass ohne Löschungsbewilligung der Hypothekengläubiger, da der Anfechtungsanspruch nur obligatorischer Natur ist, Hypothekengläubiger bleibt. Er kann darüber verfügen, sie z. B. an einen anderen übertragen.

Wenn vom Konkursverwalter ein mit dieser anfechtbaren Hypothek belastetes Grundstück freihändig verkauft wird, so dürfte die Löschungsbewilligung des anfechtbaren Hypothekengläubigers unvermeidlich sein, wenn sie der Konkursverwalter beantragt. Der Konkursverwalter kann über das Objekt nach der Unwirksamkeitstheorie so verfügen, als ob die Hypothek nicht bestände. Wenn er nun beim Verkauf Freiheit der Hypothek zugesagt hat, so haftet er auch dafür, dass die verkaufte Sache nicht mit einer Hypothek belastet ist. Um dieses Ziel zu erreichen, kann der Konkursverwalter auf Löschungsbewilligung des Anfechtungsgegners klagen, die im Wege des § 894/895 CPO. erzwungen werden kann.

Für den Fall der Zwangsversteigerung des belasteten Objektes wird nach der Ansicht des RG. die Rückgewährpflicht regelmässig damit erfüllt sein, dass der Konkursmasse der auf die Hypothek entfallende Betrag überwiesen wird. Es kann aber auch die Löschungseinwilligung gemäss § 37 KO. verlangt werden.

Im Gegensatz zum RG. hält Kohler[1]) daran fest, dass die Löschungseinwilligung nicht berechtigt ist, und stützt sich hiebei auf seine Theorie von der Beschlagrechtserneuerung. Dem gegenüber sei ausgeführt, dass sich das gläubigerische Beschlagsrecht nur auf Vermögen des Gemeinschuldners bezieht; die Hypothek, die zurückgewährt werden soll, gehört aber nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners, da Kohler die dingliche Wirkung der Anfechtung verneint. Die Konkursmasse hat also nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung der Hypothek, nur dieser Anspruch unterliegt der Beschlagrechtserneuerung. Wenn nun eine Rückübertragung der Hypothek nicht stattfinden sollte, dann könnte der obligatorische Anspruch nicht zur Erfüllung gelangen. Wenn z. B. der Anfechtungsgegner auf dem Anwesen des Gemeinschuldners eine anfechtbare Hypothek hat, und dieses Anwesen zwangsweise versteigert wird, so steht der Erlös dem Anfechtungsgegner zu, da ja die Hypothek auf seinen Namen lautet. Der obligatorische Anspruch auf Rückübertragung kann in der Zwangsversteigerung nicht berücksichtigt werden. Durch die Zwangsversteigerung erlischt aber die Hypothek, wenn sie nicht vom neuen Erwerber mit übernommen wird. In beiden Fällen kann dann die Gläubigerschaft die Rückübertragung nicht mehr verlangen, sondern sie müsste gegen den Anfechtungsgegner einen Ersatzanspruch geltend machen.

Auch Wilmowski l. c. S. 183 bestreitet die Notwendigkeit der Löschungsbewilligung und Uebertragung der Hypothek im Falle der Zwangsversteigerung, während er sie im Falle des freihändigen Verkaufs zugibt. Der Konkursverwalter könne nur verlangen, dass der auf die Hypothek fallende Betrag in die Konkursmasse fliessen oder dass die Hypothek nicht im geringsten Gebot berücksichtigt werden solle. Er begründet diese Ansicht damit, dass durch eine Rückübertragung eine Aenderung zwischen Gemeinschuldner und Anfechtungsgegner bestehen würde, nach den Vorschriften über die Anfechtung bleibt

[1]) Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes S. 261.

aber das Rechtsverhältnis zwischen Gemeinschuldner und Anfechtungsgegner unberührt. Da also eine Uebertragung an den Gemeinschuldner nicht zu erfolgen brauche, an wen sollte sie dann geschehen? Diese Ansicht leidet daran, dass hiebei die Wirkung der Anfechtung mit der Erfüllung der Wirkung des Rückgewähranspruchs verwechselt wird. Mag auch das Rechtsverhältnis zwischen Gemeinschuldner und Anfechtungsgegner unberührt bleiben, so ist doch nicht in Abrede zu stellen, dass durch die Erfüllung der Rückgewähr das Eigentum am Anfechtungsgegenstand wechselt, indem es aus dem Vermögen des Anfechtungsgegners ausscheidet, um in eine andere Vermögensmasse zu fliessen.

Nach der Ansicht, dass die Anfechtung überhaupt keine Unwirksamkeit, sondern nur einen Anspruch auf Rückgewähr begründet, ergibt sich für diese Frage folgende Lösung: der Konkursverwalter hat das Recht der Rückgewähr, die sich nach den Vorschriften des BGB. und der GBO. über die Uebertragung und Löschung einer Hypothek zu vollziehen hat. Der Konkursverwalter hat also das Recht, die Beseitigung einer Hypothek, die anfechtbar bestellt wurde, zu verlangen, was durch Löschungsbewilligung des anfechtbaren Hypothekengläubigers erfolgt, eventuell aber auch, falls dadurch die Benachteiligung der Gläubiger aufgehoben wird, in der Weise, dass der Betrag an die Konkursmasse überwiesen wird.

Wenn nun eine Hypothek anfechtbar übertragen wurde, so erfolgt die Rückgewähr in der Form, dass eine Rückübertragung der Hypothek bezw. die Ueberweisung des auf die Hypothek entfallenen Betrags an die Konkursmasse stattfinde.

Wurde eine Hypothek anfechtbar aufgegeben oder gelöscht, so kann der Konkursverwalter die Wiedereintragung verlangen.

B. Anfechtung ausserhalb des Konkurses.

In diesem Falle kann der Anfechtungsgläubiger weder Rückübertragung der Hypothek, noch Löschungsbewilligung, sondern nur die Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen.

Hat der Schuldner dem Anfechtungsgegner an einem ihm gehörigen Objekt eine Hypothek bestellen lassen, so hat er, da die Hypothek einen Teil seines Vermögens in Beschlag nimmt, einen Vermögenswert in dieser Höhe weggegeben, der gemäss § 7 AG. zu restituieren ist. Der Anfechtungsgläubiger kann verlangen, dass der auf die Hypothek fallende Betrag überwiesen werde, bezw. wenn der Erlös nach der Zwangsversteigerung schon dem Anfechtungsgegner ausgehändigt worden ist, dass der erhaltene Betrag an ihn zu zahlen sei.

Hat dagegen der Schuldner eine ihm zustehende Hypothek an den Anfechtungsgegner cediert, so kann der Anfechtungsgläubiger die Zwangsvollstreckung in diese Hypothek gemäss § 830, 837 CPO. betreiben.

Hat der Schuldner eine ihm zustehende Hypothek zu Gunsten des Anfechtungsgegners aufgegeben, so erfolgt die Rückgewähr durch Vollstreckung in die durch Löschung zur Eigentümerhypothek umgewandelte Hypothek des Anfechtungsgegners bezw. der Anfechtungsgegner hat für die nicht mehr vorhandene Hypothek Ersatz zu leisten, denn anfechtbar ist zwar die Weggabe der Hypothek aus dem Vermögen des Schuldners, dagegen erstreckt sich die Anfechtbarkeit nicht auch ausser in den durch besondere Bestimmungen geregelten Fällen der Rechtsnachfolge auf die Rechtshandlung, wodurch der Anfechtungsgegner über den anfechtbaren Erwerb verfügt. Wenn der Anfechtungsgegner seine Eigentümerhypothek hat löschen lassen, so ist diese Löschung nicht mehr anfechtbar. Dadurch macht er die Rückgewähr durch Naturalleistung unmöglich und ist daher verpflichtet, Ersatz zu leisten. Der Gläubiger kann deshalb verlangen, dass der Anfechtungsgegner die Zwangsvollstreckung in Höhe der Hypothek in sein eigenes Vermögen dulde.

Ganz ähnlich wie die Rückgewähr bei den anfechtbaren Hypothekengeschäften, erfolgt die Rückgewähr der anfechtbaren Grund- und Rentenschuld. Durch die Gewährung bezw. Weggabe einer Grund- oder Rentenschuld gibt der Schuldner denjenigen Vermögenswert weg, welcher darin besteht, dass ein

Grundstück für eine bestimmte Summe haftet, bezw. dass das Vermögen des Schuldners um den Betrag, soweit die Haftung reicht, verringert wird. Hat er eine Grund- oder Rentenschuld an seinem Eigentum bestellt, so ist sein Besitz so viel weniger wert, hat er eine Grund- oder Rentenschuld aufgegeben, so hat er diesen Vermögenswert weggegeben. Die Rückgewähr wird dadurch erfüllt, dass diese Werte wieder dem Schuldnervermögen zufliessen und so für die Gläubiger verwertet werden können.

Im Konkurs kann der Konkursverwalter bei freihändigem Verkauf des anfechtbar belasteten Objektes Löschungsbewilligung verlangen und nach § 894, § 895 CPO. erzwingen. Wird das belastete Grundstück zwangsweise versteigert, so erfolgt die Rückgewähr in der Weise, dass der auf die Belastung fallende Betrag an die Konkursmasse zurückerstattet wird. Die praktische Durchführung gestaltet sich ebenso, wie die Rückgewähr einer Hypothek.

Bei der ausserkonkursrechtlichen Anfechtung kann der Gläubiger sein Recht zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den Anfechtungsgegenstand in der Weise geltend machen, dass er den Anspruch des Anfechtungsgegners auf den Erlös für die Belastung bei der Zwangsversteigerung pfänden und sich überweisen lässt. Ausserdem natürlich ist der Anfechtungsgegner noch verpflichtet, die bereits erhaltenen Bezüge aus der Belastung dem Anfechtungsgegner zur Zwangsvollstreckung zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung verwandelt sich praktisch in die Verpflichtung zur Zahlung des Betrages, welche der Höhe der bereits empfangenen Bezüge entspricht.

Ganz analog vollzieht sich auch die Rückgewähr bei der Bestellung oder Aufgabe eines anfechtbaren Niessbrauches und Grunddienstbarkeit.

§ 9.

Vollstreckungshandlungen.

Gemäss § 30 Ziff. 1 Satz 2, § 35 KO. und § 6 AG. sind auch Rechtshandlungen anfechtbar, selbst wenn dafür ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt worden ist oder, wenn sie durch

Zwangsvollstreckung oder Vollziehung eines Arrestes bewirkt worden ist.

Soweit nun die Zwangsvollstreckung beendigt ist, erfolgt die Rückgewähr in der Weise, dass der anfechtbare Erwerb nach den bisher dargelegten Regeln zurückzugewähren ist. Es kann aber auch die Anfechtung der noch nicht beendeten Zwangsvollstreckung erfolgen. Für diesen Fall besteht eine Meinungsverschiedenheit in der Richtung, ob infolge der Anfechtung eine Widerspruchsklage gemäss § 771 CPO. gegen die noch schwebende Zwangsvollstreckung zu Gunsten des Anfechtungsgläubigers erhoben werden kann.

Die Anwendung des § 771 ergibt sich, wenn man sich der Lehre von der Nichtigkeitswirkung der Anfechtung anschliesst und den Konkursverwalter als Vertreter der Gläubigerschaft annimmt. Zweifelhaft jedoch ist die Anwendung des § 771, wenn man nach der herrschenden Anschauung in der Unwirksamkeit nicht eine relative Nichtigkeit erblickt.

Die Rechtslage ist folgende: z. B. der Gemeinschuldner A verkauft an B (Anfechtungsgegner) eine Sache. A erfüllt die Verpflichtung aus dem Kaufvertrage nicht, so dass B auf Grund rechtskräftigen Vertrags Zwangsvollstreckung beitreiben lässt. Im Auftrage des B wird gepfändet, kurz darauf wird der Konkurs eröffnet und der Konkursverwalter ficht die Zwangsvollstreckung an. Der Anfechtungsgegner wird dadurch obligatorisch verpflichtet, die gepfändete Sache zurückzugeben. Der Anfechtungsberechtigte hat also einen Anspruch auf Herausgabe der Sache, aber nicht auf Grund eines Eigentumsrechts. Der Konkursverwalter macht also bei der Anfechtungsklage nach Seuffert [1]) ein Recht auf eine Leistung, nämlich auf die Rückgabe der Sache geltend. Bei der Pfändung macht der Konkursverwalter einen Anspruch auf Rückgewähr des Pfändungsrechtes, d. h. auf Freigabe der Sache oder auf Aufhebung der Pfändung und zwar nur obligatorisch geltend. Nach Jaeger wäre die Erfüllung des Rückgewähranspruches gemäss § 938 und § 940 CPO. zu behandeln.

[1]) S. Zeitschrift f. deutschen Civilprozess, Bd. 20, S. 75 ff.

Anderer Ansicht aber ist das Reichsgericht und sich ihm anschliessend, Gaupp-Stein [1]), Harburger [2]), K. Meyer [3]) etc. Das RG. (Bd. XVIII, S. 393; Bd. XXX, S. 397; Bd. XXXX, S. 372) argumentiert in folgender Weise: Das Anfechtungsrecht ist ein Recht, welches die Veräusserung für den Anfechtungsgegner hindern würde.[4]) Konkursverwalter ist Dritter insoferne, als er bei der Anfechtung die Gesamtheit der Gläubiger vertritt, für deren gemeinschaftliche Befriedigung er die Gegenstände in Anspruch nimmt.

Der Konkursverwalter macht nun einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe der Sache geltend. Das vom Anfechtungsgegner durch die Pfändung erworbene Pfändungspfandrecht sei den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Die gepfändete Sache gehöre zur Konkursmasse. Der Konkursverwalter nehme also für die Konkursmasse „ein Recht an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung" in Anspruch und zwar ein Recht, welches nach seiner Behauptung mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 22 KO. die Veräusserung für den Anfechtungsgegner hindere (Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. XXXVIII, S. 180 ff.) Auch nach den Motiven scheint die Anwendbarkeit des § 771 CPO. für den Anfechtungsgläubiger gegeben zu sein, da bei der Beratung der Novelle (Hahn, Bd. VII, S. 294) der Antrag, dass bei der Klage gemäss § 771 CPO. der ausschliessliche Gerichtsstand des Vollstreckungsgerichtes nicht aufrecht erhalten werden solle, abgelehnt worden ist. Daraus ist zu schliessen, dass die Anwendung des § 771 CPO. nicht zu bezweifeln sei.

Bei der Anfechtung eines nach § 48 KO. absonderungsberechtigten Pfandrechtes besteht nach Jaeger die Rückgewähr darin, dass das Pfandrecht vom Konkursverwalter nach § 146 KO. bestritten werde.

[1]) Bd. 2, Erl. zu § 771, S. 494. [2]) S. 56, Vorbem. zu § 29, Note VIII. [3]) S. 82 zu § 35.

[4]) Dieser Satz ist nicht richtig. Auch im Falle der Anfechtung kann die Sache veräussert werden, die Veräusserung ist auch vollständig rechtsgiltig und rechtsverbindlich, nur hat der Anfechtungsberechtigte einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe des Anfechtungsgegenstandes (d. V.)

Wie verhält es sich bei Bestreitung der Unwirksamkeitstheorie?

Durch die Anfechtung wird in diesem Falle die Pfändung nicht ihrer Wirksamkeit entkleidet. Es erhebt sich die Frage, was durch die Zwangsvollstreckung aus der Konkursmasse herausgekommen ist. Aehnlich wie einer Belastung ist durch die Vollstreckung derjenige Vermögenswert der Konkursmasse entzogen, welcher darin liegt, dass der betreffende Gegenstand nicht mehr zur freien Verwertung für die Konkursgläubiger vorhanden ist, sondern entweder ganz oder teilweise der Befriedigung des Anfechtungsgegners dienen soll. Es wird also der Gegenstand in seinen Folgen oder seinem teilweisen Werte der Konkursmasse entzogen und demgemäss ist auch die Rückgewähr einzuleiten. Durch die Pfändung erlangt der Anfechtungsgegner einen Anspruch auf Herausgabe der Sache, bezw. auf Befriedigung durch die Sache. Dieser Anspruch ist an die Konkursmasse zu übertragen in der Gestalt, dass der Erlös für die Sache in die Konkursmasse fliessen sollte, bezw. der Anspruch des Anfechtungsgegners kann gemäss § 828 ff. § 846 ff. CPO. gepfändet werden. Ist z. B. eine Forderung des Gemeinschuldners gepfändet, so hat das Gericht dem Drittschuldner zu verbieten, an den Gemeinschuldner oder an den Anfechtungsgegner zu bezahlen, sondern die Leistung ist an den Konkursverwalter zu richten. Ist die Forderung an den Anfechtungsgegner nach § 835 CPO. bereits überwiesen, so ist der Ueberweisungsbeschluss nach §§ 835, 836 aufzuheben.

Bei der Anfechtung eines Pfandrechtes mit dem Recht des § 48 KO. gestaltet sich die Rückgewähr in der Weise, dass der Konkursverwalter den Absonderungsanspruch bestreiten kann, da er gegen die Forderung des Anfechtungsgegners mit seinem Anspruch auf Rückgewähr dieses anfechtbar erworbenen Absonderungsrechtes aufrechnen kann.

Wenn bei noch anhängiger Zwangsvollstreckung Anfechtung nach dem AG. erfolgt, so kann der Anfechtungsgläubiger in die Ansprüche des Anfechtungsgegners, die sich aus der anfechtbaren Pfändung ergeben, Zwangsvollstreckung zu seinen

Gunsten einleiten; hier steht die Nichtanwendung des § 771 CPO. ausser Frage.

§ 10.

Umfang der Rückgewähr.

Der Umfang der Rückgewähr bestimmt sich darnach, was aus der Masse herausgekommen ist.

In erster Linie ist also die Sache selbst zurückzugewähren. Hiezu kommt aber nach allgemeiner Anschauung auch der Zuwachs und die Nutzungen des Anfechtungsgegenstandes gemäss § 100 BGB. für die Zeit, während welcher dieser Gegenstand der Masse entzogen war. Nicht zu bestreiten ist diese Rückgewähr des Zuwachses und der Nutzungen bei der konkursrechtlichen Anfechtung, da nach § 37 KO. alles zurückgewährt werden muss, was aus der Konkursmasse herausgekommen ist. Wäre aber die Sache selbst nicht aus der Konkursmasse herausgekommen, so wären auch die Nutzungen in das Schuldnervermögen gefallen. Es liegt hier also der Fall der indirekten Verringerung des Schuldnervermögens vor, welche mit Recht anfechtbar ist. Auch die Motive (Erläuterungen zu §§ 30—32 KO., Bd. IV, S. 150 ff.) weisen auf die Rückgabe der Nutzungen und Früchte hin.

Auch das Reichsgericht bekundet die Ansicht, dass alles, was infolge der anfechtbaren Rechtshandlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners herausgekommen ist, zurückzugewähren sei. Anderseits geht es davon aus, dass auch nur § 37 für den Umfang der Rückgewährpflicht in Betracht kommt und bestreitet die Anwendbarkeit der Regeln über gut- und bösgläubigen Besitz gemäss § 987 ff. BGB. Ebenso die Vorschriften über Verzug, Rechtshängigkeit etc. Die Motive allerdings lassen den Anfechtungsgegner wie einen bösgläubigen Besitzer haften.

Seuffert (Konkursprozessrecht S. 222) bestreitet, dass aus § 37 KO. eine Verbindlichkeit zur Rückgewähr der Nutzungen abzuleiten sei und bringt die allgemeinen Regeln über Verzug usw. in Anwendung.

Dagegen bestreitet das RG.[1]) die Herausgabe der Nutzungen für den Fall der Anfechtung ausserhalb des Konkurses mit der Begründung, dass nach § 7 AG. die Zwangsvollstreckung nur eingeleitet werden könne in Sachen „als noch zu demselben, d. i. (Schuldnervermögen) gehörig". Da aber die Nutzungen nie im Schuldnervermögen sich befunden hätten, so könnten sie auch nicht mehr als dem Schuldner gehörig angeführt werden. Dieser Anschauung treten Falkmann[2]), Jaeger[3]) und andere Commentare mit Recht entgegen. Denn auch bei der Anfechtung im Konkurs ist aus der Fassung des § 37 „was ... aufgegeben ist" implicite zu schliessen, dass nur ehemalige Werte des Gemeinschuldners der Rückgewähr unterliegen sollen. In Wirklichkeit standen auch bei der konkursrechtlichen Anfechtung die Nutzungen nicht im Eigentum des Gemeinschuldners. Sie könnten also auch nicht aus der Konkursmasse herausgekommen sein; wenn also das RG. auch hier bei seiner strengen Auffassung wie bei der Anfechtung nach dem AG. treu bleiben wollte, so müsste es auch in diesem Falle auf die Rückgewähr der Nutzungen verzichten.

Ich habe schon hervorgehoben, dass der Zusatz „als ... gehörig" in § 7 AG. nur die Art und Weise, wie die Rückgewähr zu erfolgen habe, nämlich durch Duldung der Zwangsvollstreckung ausdrückt, ohne auf die wirklichen Eigentumsverhältnisse an dem Anfechtungsgegenstande eingehen zu wollen. Infolgedessen kann auch diesem Zusatz nicht ein Hindernis für die Erstattung des Zuwachses und der Nutzungen, da sie nicht zum Vermögen des Schuldners gehört hätten, entnommen werden.

Allerdings ist der Nachweis offen zu lassen, dass auch ohne die Anfechtung die Sache keine Nutzungen abgeworfen hätte.

Unter den Nutzungen sind zu verstehen die Früchte der Sache, soweit sie tatsächlich gezogen wurden und soweit sie gezogen werden konnten, aber in Wirklichkeit nicht gezogen

[1]) Gruchot, Bd. 38, S. 1116. [2]) S. 72. [3]) Jaeger, Gläubigeranfechtung a. d. R. § 7, Anm. 12.

wurden. Denn die gezogenen Früchte und die Früchte, welche gezogen werden konnten, wären ohne die anfechtbare Handlung in das Schuldnervermögen gefallen; durch die anfechtbare Handlung ist das Schuldnervermögen um diese Werte verringert worden.

Bestand der anfechtbare Erwerb in einer Geldleistung, so sind die gesetzlichen Zinsen zu entrichten; wenn aber anzunehmen ist, dass auch beim Schuldner das Kapital keinen Zins getragen hätte, so kommen die Zinsen in Wegfall. Das RG. bindet sich nicht, sondern macht dem Zinsenanspruch von der konkreten Sachlage abhängig. (Bolze Bd. XIX, No. 251, S. 141). Im Falle der Anfechtung nach den AG. verweigert das RG. den Anspruch auf die Zinsen entsprechend seiner Haltung bezüglich der Nutzungen der Sache nach § 7 AG.

Die Rückgewähr der Nutzungen selbst, welche ja bewegliche Sachen sein werden, regelt sich wie die Rückgewähr von beweglichen Sachen, wie in § 5 besprochen ist.

§ 11.

Ersatzleistung.

Die Rückgewähr bei der Anfechtung vollzieht sich primär durch Naturalleistung, d. h. durch Leistung des Anfechtungsgegenstandes selbst.

Was hat nun zu geschehen, wenn die Rückgewähr der Sache in natura nicht mehr möglich ist? Das Gesetz äussert sich nicht ausdrücklich darüber. Da aber der Zweck der Anfechtung nicht erreicht würde und durch den Anfechtungsgegner durch Herbeiführung der Unmöglichkeit der Naturalleistung oft vereitelt werden könnte, wenn im Falle der Unmöglichkeit der Naturalleistung der Anfechtungsanspruch nicht durchgeführt werden könnte, so muss die Regelung dieser Fälle aus dem Wesen und Ziel der Anfechtung abgeleitet werden.

Die Anfechtung geht dahin, dass die Benachteiligung der

Gläubiger durch die anfechtbare Handlung infolge der Anfechtung wirtschaftlich beseitigt werde oder mit anderen Worten, dass zur Befriedigung der Gläubiger dieselbe Vermögensmasse vorhanden sei, als wenn die anfechtbare Rechtshandlung nicht vorgenommen worden wäre. Diese Beseitigung der Benachteiligung der Gläubiger wird bewirkt durch Leistung des Anfechtungsgegenstandes. Die Gläubiger würden nicht geschädigt sein, wenn im Falle der Unmöglichkeit der Naturalleistung den Gläubigern ein dem Anfechtungsgegenstand entsprechender Wert zur Verfügung gestellt würde. Auf dieser Begründung beruht der Anspruch der Gläubiger, vom Anfechtungsgegner die Beseitigung der Benachteiligung durch eine Ersatzleistung zu bewirken.

Wie nun in § 5 ausgeführt, geht die Rückgewährpflicht des Anfechtungsgegners auf eine Speciesleistung, nämlich auf Leistung des anfechtbaren Erwerbes. Wenn aber die Leistung einer Speciesware unmöglich ist, so ist gemäss §§ 280, 281 BGB. Ersatz in Geld zu leisten. Der Anfechtungsgegner hat also den durch die Unmöglichkeit der Naturalleistung entstehenden Schaden durch eine Geldleistung zu ersetzen. Bei teilweiser Unmöglichkeit der Naturalleistung stehen dem Anfechtungsberechtigten die Befugnisse des § 280 Abs. 2 BGB. zu. Nach § 281 BGB. kann der Anfechtungsgläubiger auch die Abtretung des Ersatzanspruches des Anfechtungsgegners verlangen, welcher demselben aus dem Umstande, der die Leistung unmöglich macht, entstanden ist.

Es erhebt sich nun die Frage, ob da die Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung eine Ausnahmesatzung darstellt, eine Bezugnahme auf das BGB. gerechtfertigt ist. Ich komme zur Bejahung dieser Frage aus folgenden Gründen:

Die Notwendigkeit einer Ersatzleistung ergibt sich aus dem Wesen und Zweck der Anfechtung. Das Gesetz selbst lässt sich nicht weiter darüber aus, worin die Ersatzleistung zu bestehen hat. Es ist deshalb aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu erwägen, was im Falle der Unmöglichkeit als Ersatz zu leisten ist. Diese allgemeinen Rechtsgrundsätze sind aber im BGB.

niedergelegt. Ausserdem weisen auch die Motive (siehe Hahn Bd. IV, Erl. zu §§ 30—32) für die Regelung allgemeiner Rechtsgrundsätze selbst auf das allgemeine Reichsrecht, das aber im BGB. enthalten ist.

Schliesslich möchte ich mich auch darüber äussern, wer die Haftung für die Unmöglickeit der Naturalleistung zu vertreten hat. Auch hierüber schweigt sich der Wortlaut des Gesetzes aus.

Ohne Zweifel darf behauptet werden, dass der Anfechtungsgegner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, wenn er sie vorsätzlich herbeigeführt hat. Aber auch, wenn er sich eine Fahrlässigkeit zu Schulden kommen lässt, dürfte seine Haftung begründet sein; denn er musste wissen, dass er die Sache wieder zurückzugeben habe und war deshalb verpflichtet, dafür zu sorgen, dass er dazu im Stande sei. Für die übrigen Fälle möchte ich mich der Ansicht anschliessen, wonach der Anfechtungsgegner nur zu liberieren ist, wenn er den Nachweis erbringt, dass auch ohne die anfechtbare Handlung nach menschlichem Ermessen der Anfechtungsgegenstand nicht mehr vorhanden wäre und somit der Verwertung für die Gläubiger entzogen werde. In allen anderen Fällen sind die Gläubiger durch die anfechtbare Handlung benachteiligt. Diese Schädigung hat der Anfechtungsgegner vorsätzlich herbeigeführt, also trifft ihn auch die Pflicht, die Benachteiligung wieder zu beseitigen.

Die Ersatzleistung erfolgt also in Gestalt des Wertersatzes der Sache, die nicht mehr zurückgegeben werden kann, bezw. in welche die Vollstreckung nicht mehr betrieben werden kann. Grundlegend für die Höhe des Ersatzes ist der wirtschaftliche Nachteil, der den Gläubigern aus der Unmöglichkeit der Naturalleistung entsteht.

Nach RG. Bd. XXX, S. 85, Bd. XXXVI, S. 117 ist zu ersetzen der volle gemeine Wert, nicht der Wert von Auktionen. Dieser Ansicht ist beizutreten, soweit es sich um die Anfechtung im Konkurse handelt. Hier hat die Rückgewähr der Sache so zu geschehen, dass die Sache an den Konkursverwalter zur freien Verfügung herausgegeben wird. Wenn nun der Auktions-

wert zu Grunde gelegt würde, dann würden die Gläubiger oft nicht einen vollen Ersatz erhalten, da ja bekanntlich der Auktionswert hinter dem gemeinen Wert zurücktritt.

Anders verhält es sich aber bei der Rückgewähr nach dem Anfechtungsgesetz. In diesem Falle kann der Gläubiger nur die Vollstreckung in die Sache verlangen. Es würde ihm also nur der Wert zufallen, der bei einer Zwangsversteigerung erlöst wird. Wenn nun die Naturalleistung nicht möglich ist, die Zwangsvollstreckung also nicht betrieben werden kann, so ist der Wert zu ersetzen, den der Gläubiger bei Naturalleistung erhalten hätte. Da sich dieser Wert aus dem Erlöse bei einer Zwangsversteigerung ergibt, so steht im Falle der Unmöglichkeit der Naturalleistung dem Gläubiger nur der Ersatz des Auktionswertes zu. Würde er den gemeinen Wert als Ersatz erhalten, so würde er mehr bekommen, als ihm nach dem Gesetze zusteht, auf jeden Fall eine andere Leistung, als im Gesetz vorgeschrieben.

Die Argumente, welche das RG. anführt, um zu beweisen, dass auch bei der Anfechtung der Rückgewähr nach § 7 AG. bei der Ersatzleistung der gemeine Wert zugrunde zu legen sei, erscheinen nicht stichhaltig.

Das RG. ebenso Jaeger, der sich der Ansicht des RG. anschliesst, stehen auf dem Standpunkte, dass die Anfechtungsbestimmungen Ausnahmebestimmungen zum Reichsrecht bilden. Das RG. sagt, auch die Rückgewähr begebe sich unter Ausschluss des übrigen Reichsrechtes lediglich aus § 37 KO. und § 7 AG. Konsequenterweise kann es dann bei der Frage des Wertersatzes nicht auf die allgemeinen Bestimmungen des Reichsrechtes Bezug nehmen.

Ferner ist zu bedenken, dass beim Ersatz nach dem gemeinen Wert die Gläubiger durchschnittlich besser gestellt würden, als wenn sie in den Anfechtungsgegenstand vollstrecken könnten.

Des weiteren ist zu erinnern, dass nach der Ansicht des RG. in einer grossen Anzahl von Fällen, nämlich, wenn eben die Naturalleistung nicht mehr möglich ist, ein Unterschied,

zwischen der Anfechtung im Konkurs und ausserhalb desselben, verschwinden würde. Darin aber besteht die Besonderheit des § 7 AG., dass er nicht Rückgewähr durch Herausgabe des Gegenstandes zur freien Verfügung des Gläubigers, sondern nur zur Zwangsvollstreckung vorschreibt; auch im Falle der Ersatzleistung soll dieser Unterschied nicht verschwinden. Nach § 37 KO. erhält der Gläubiger mehr als nach § 7 AG.

Wenn sich das RG. auf die allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts hinsichtlich der Duldung der Zwangsvollstreckung bezieht, so scheint es zu vergessen, dass die Duldung der Zwangsvollstreckung nach dem AG. etwas anderes ist, als wenn sonst im Reichsrecht die Duldung der Zwangsvollstreckung verlangt werden kann. Wenn z. B. der Ehemann im Güterstand der Verwaltung und Nutzniessung die Zwangsvollstreckung zu dulden hat, so muss er sie nicht dulden in sein Vermögen, sondern in fremdes Vermögen; wenn er dazu nicht im Stande ist, so ist es entsprechend, dass er den gemeinen Wert der fremden Sache zu ersetzen hat; wenn ferner der Herausgabeanspruch des Schuldners gegen einen Dritten gepfändet wird, und der Dritte wegen Verlust des Gegenstandes nicht mehr herausgeben kann, so liegt ebenfalls ein anderer Sachverhalt vor als bei der Anfechtung, denn auch hier muss die Sache vollständig restituiert werden, damit die Zwangsvollstreckung in dieselbe betrieben werden kann; denn er hat keinen Anspruch mehr auf die Sache, die er ohnehin dem Schuldner zurückzugeben hätte.

Auch das Prinzip der Restitution ist gewahrt, wenn nur Auktionswert ersetzt wird, da ja nur ein Auktionswert für den Anfechtungsgläubiger bei Durchführung der Zwangsvollstreckung in Betracht käme.

Wenn nun im Falle der konkursrechtlichen Anfechtung der gemeine Wert der Sache zu ersetzen ist, so frägt es sich, ob der Wert zur Zeit der anfechtbaren Handlung oder zur Zeit der Rückgabeverpflichtung oder sonst ein Wert in der Zwischenzeit der Berechnung des Ersatzes zugrunde zu legen ist. Würde die Sache noch vorhanden sein, so wäre die Sache zurückzu-

geben nach der Rechtskraft des Urteils. Da nun die Gläubiger durch die Ersatzleistung nur einen der Naturalleistung entsprechenden Wert erhalten sollen, so kommt für die Ersatzleistung nur der Wert zur Zeit der Rückgewähr in Betracht. Es ist nur der Wert zu ersetzen, den die Sache zu der Zeit besitzt, als sie zurückgewährt werden müsste. Allerdings ist nicht zu leugnen, dass die Gläubiger dadurch manchmal einen Vorteil geniessen können, nämlich, wenn der Wert der Sache seit der anfechtbaren Handlung gestiegen ist, da es ja sehr zweifelhaft ist, ob nicht der Schuldner die Sache auf unanfechtbare Weise weggegeben hätte. Wäre aber die Naturalleistung möglich, so müsste die im Wert gestiegene Sache ebenfalls zurückgewährt werden, so dass der Ersatz des höheren Wertes gerecht ist. Andererseits hat der Gläubiger beim Sinken des Preises den Schaden zu tragen, da ihm nur die im Wert gesunkene Sache zurückgewährt werden müsste. Es lässt sich also ein Satz des Inhalts nicht aufstellen, dass der spekulative Gewinn oder Verlust nur dem Gläubiger oder nur dem Anfechtungsgegner zu gute kommt.

§ 12.

Anfechtungsanspruch und ungerechtfertigte Bereicherung.

Im Anschluss an die beiden vorhergehenden §§ sei hier die Frage erörtert, ob nicht bei der Rückgewähr die Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung Anwendung finden.

Den Inhalt des Anfechtungsanspruches als solchen habe ich in § 3 S. 38/39 angegeben.

Der Bereicherungsanspruch ist im allgemeinen gegeben bei Vermögensveränderungen ohne rechtlichen Grund, in Fällen, wo durch abstraktes Rechtsgeschäft ein Vermögensübergang erfolgt ist, ohne dass ein Kausalgeschäft, auf dem das abstrakte Rechtsgeschäft beruhen sollte, in Wirklichkeit vorliegt oder dass es, falls es bestand, in Wegfall gekommen ist. Demjenigen, auf dessen Kosten Vermögenswerte in das Vermögen eines

Anderen gelangt sind, steht gegen den Bereicherten ein Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung zu.

Der Anspruch beruht also auf einer ungerechtfertigten Bereicherung.

Dagegen hat der Anfechtungsanspruch im allgemeinen nicht die ungerechtfertigte Bereicherung als Grundlage, die Frage einer Bereicherung kommt überhaupt nicht in Betracht. Denn der Anfechtungsgegner hat nur eine Befriedigung der ihm gegen den Schuldner zustehenden Ansprüche verlangt. Rechtlich ist also eine Bereicherung nicht vorhanden; denn der Anfechtungsgegner erhält nur das, was er vom Schuldner zu fordern hat. Der Vermögensübergang beruht auf einer rechtsverbindlichen Causa.

Eine ungerechtfertigte Bereicherung kommt auch deshalb nicht in Betracht, weil als durch die Vermögensverschiebung benachteiligt höchstens der Schuldner aktiv legitimiert wäre, nicht aber der Anfechtungsberechtigte. Zur Zeit der anfechtbaren Rechtshandlung kam das Vermögen aus dem Vermögen des Gemeinschuldners, an dem die Gläubiger noch keine, die Veräusserung hindernden Rechte hatten. Wenn die anfechtungsberechtigten Gläubiger den Bereicherungsanspruch geltend machen, so kann ihnen die Einwendung entgegengehalten werden, dass aus ihrem Vermögen nichts herausgekommen ist, dass sie also nicht klageberechtigt sind.

Den Gläubigern gegenüber ist also der Anfechtungsgegner nicht bereichert, (dem Schuldner) weil aus ihrem Vermögen nichts herausgekommen ist, dem Schuldner gegenüber deshalb nicht, weil er nur Befriedigung seiner Ansprüche erlangt hat.

Dadurch dass der Anfechtungsgegner den anfechtbaren Erwerb erlangt hat, ist ein Bereicherungsanspruch nicht entstanden.

Es ist weiterhin die Frage zu untersuchen, ob nicht infolge der Anfechtung ein Bereicherungsanspruch deshalb gegeben ist, weil nach der Anfechtung der Rechtsgrund für die Bereicherung in Wegfall gekommen ist und der Anfechtungsgegner die anfechtbar erlangte Sache rechtlos besitzt.

Die Beantwortung dieser Frage ist abhängig, je nachdem man der Anfechtung dingliche Wirkung zuschreibt, dass also durch die Anfechtung die anfechtbare Rechtshandlung nichtig geworden ist oder die dingliche Wirkung in Abrede stellt.

Selbst für den Fall der Nichtigkeit der anfechtbaren Rechtshandlung spricht Hellmann[1]) von einer ungerechtfertigten Bereicherung nur dann, wenn der Anfechtungsgegner zur Rückleistung des Empfangenen in natura durch Verfügung über das anfechtbar Erlangte ausser stande ist. „Denn da die von dem Gemeinschuldner getroffene Verfügung den Konkursgläubigern gegenüber nichtig war, so liegt in der Wiederveräusserung durch den Anfechtungsgegner bezw. in dem Verbrauch des Erworbenen die Verfügung eines Nichtberechtigten im Sinne des § 816 BGB. Das Gleiche ist der Fall, wo der Erwerb des Anfechtungsgegners in der Befreiung von einer Last bestand, die wegen Weiterveräusserung des belastet gewesenen Gegenstandes dem Gemeinschuldner bezw. seinen Konkursgläubigern gegenüber wirksam bleibt, oder wo der Anfechtungsgegner die ihm abgetretene Forderung eingezogen hat.

In den anderen Fällen, wo die Rückgewähr in natura möglich ist, fällt der Bereicherungsanspruch weg, da der Anfechtungsberechtigte auf grund Eigentums die Sache zurückverlangen kann. Nur hinsichtlich des ungerechtfertigten Besitzes wäre der Bereicherungsanspruch gerechtfertigt[2]).

Wird aber die dingliche Wirkung der Anfechtung verneint (siehe § 3), so ergibt sich, dass bei der Anfechtung eine ungerechtfertigte Bereicherung nicht vorliegt. Denn der Rechtsgrund, auf welchem die Vermögensverschiebung beruht, ist noch vorhanden, der rechtliche Bestand der anfechtbaren Rechtshandlung wird durch die Anfechtung nicht erschüttert. Auch ein Besitzbereicherungsanspruch ist nicht gegeben, weil der Anfechtungsgegner am Erlangten kraft seines Eigentums besitzberechtigt ist. Auch ein Anspruch gemäss § 816 ist nicht gerecht-

[1]) Hellmann, Konkursrecht S. 861.

[2]) v. Mayr S. 388.

fertigt, da der Anfechtungsgegner zur Verfügung über den anfechtbaren Erwerb berechtigt ist.

Die Nichtanwenbarkeit der Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung beim Anfechtungsanspruch beruht auch auf dem Wesen der Benachteiligung bei den beiden Ansprüchen.

Der Anfechtungsanspruch ist begründet durch die Benachteiligung in der Befriedigung der Gläubiger, der Bereicherungsanspruch durch die Benachteiligung in den Eigentums- oder Besitzrechten der Benachteiligten.

Während nun bei der Rückgewähr nach § 37 KO. Anfechtungs- und Bereicherungsanspruch den gleichen Inhalt, nämlich Herausgabe des Erlangten, aufweisen, zeigt sich bei der Rückgewähr nach § 7 AG. auch eine Verschiedenheit des Leistungsinhalts der beiden Ansprüche.

Der Bereicherungsanspruch geht ja auf Herausgabe des Erworbenen, während der Anfechtungsgegner nach dem AG. nun verpflichtet ist, die Zwangsvollstreckung in die anfechtbar erworbene Sache zu dulden.

Die sich aus der Anfechtung nach dem AG. ergebende Rechtslage schliesst also die direkte Anwendung des Bereicherungsanspruches schon wegen der Verschiedenheit des Inhalts der beiden Ansprüche aus, es kommt höchstens eine analoge Anwendung in Betracht.

Eine Zusammenfassung der bisherigen Erörterungen ergibt, dass sich aus dem Tatbestand infolge der Anfechtung ein Bereicherungsanspruch nicht begründen lässt, so dass also die Konkurrenzfähigkeit des Bereicherungsanspruchs mit dem Anfechtungsanspruch zu verneinen ist.

Es fragt sich aber, ob sich nicht der Umfang der Rückgewähr aus der analogen Anwendung der §§ 818, 819 BGB. bestimmen lässt.

Rintelen[1]) äussert sich hierüber in bejahendem Sinn, desgleichen Fitting[2]). Auch die Motive vertreten die gleiche Ansicht, die mit der Haftung des Anfechtungsgegners als bösgläubigen Besitzer begründet wird.

[1]) S. 172. [2]) S. 224.

Im Gegensatz hiezu steht das Reichsgericht[1]), Seuffert[2]) und die meisten übrigen Schriftsteller, soweit die Rückgewähr nach § 37 Abs. 1 KO. und § 7 Abs. 1 AG. zu leisten ist.

Für die Ansicht des RG., der auch ich mich anschliesse, sprechen verschiedene Gründe.

In der Entscheidung des RG. in Civils. Bd. 24, S. 141 wird ausgeführt, dass „in betreff dessen, was zurückzugewähren ist, also auch hinsichtlich des Umfangs des Zurückzugewährenden, nach der genügend bestimmten Ausdrucksweise wie auch nach der Absicht des Gesetzes, gemeinsames Recht zu schaffen, neben § 30 KO. nicht auch (was die Motive zu § 30—32 des Entwurfes der KO. annehmen) die verschiedenen Landesgesetze heranzuziehen sind". Bezüglich des § 7 AG. äussert sich das RG. in Gruchoot Bd. 36, S. 117. „Durch § 7 AG. sind Inhalt und Umfang des Anfechtungsanspruches in erschöpfender Weise bestimmt."

Das RG. geht also hier von dem singulären Charakter des Anfechtungsinstituts aus. Die Materie sei vollständig im Gesetz geregelt, so dass eine Bezugnahme auf andere Gesetze unzulässig sei.

Die Ansicht des RG. ist auch durch die Einheit des bürgerlichen Rechtes durch das BGB. nicht hinfällig geworden. Allerdings ging bei Erlassung des Gesetzes der Gesetzgeber davon aus, dass das Recht der Anfechtung im Gegensatz zum übrigen Recht Reichsrecht sein soll; während jetzt der Gegensatz zwischen Reichs- und Landesrecht in Wegfall kommt. Wenn aber im Jahre 1877 und 1879 die Anfechtung durch die KO. und das AG. vollständig geregelt wurde, so ist anzunehmen, dass auch nach Schaffung des BGB. in Ermangelung einer Vorschrift, die auf das BGB. hinweist oder den Ausnahmecharakter des Gesetzes aufhebt, das Recht der Anfechtung lediglich in der KO. und im AG. niedergelegt ist.

Nur hinsichtlich allgemeiner Rechtsnormen ist auf das allgemeine Recht zurückzugehen, so z. B. bei der Frage der Un-

[1]) Gruchot Bd. 27 S. 168, Bd. 36 S. 117, RG. Bd. 24 S. 141, Bd. 17 S. 317, Bd. 28 S. 139. [2]) S. 227.

möglichkeit der Leistung, da die allgemeinen Rechtssätze auch bei der Anfechtung Anwendung zu finden haben.

Eine solche allgemeine Rechtsnorm ist aber der Umfang der Rückgewährleistung nicht; im Gegenteil, der Umfang ist bestimmt durch § 37 KO. und § 7 AG.

Die analoge Anwendung der §§ 818, 819 BGB. verbietet sich auch aus dem Mangel einer Bezugnahme auf die ungerechtfertigte Bereicherung, während das BGB. zahlreiche Hinweise auf die Haftung gemäss der ungerechtfertigten Bereicherung enthält. Sollten die §§ 818, 819 Anwendung finden, so müssten die Anfechtungsparagraphen einen Hinweis auf die Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung aufweisen, wie in den §§ 323, Absatz 3, 327, 516, 527, 682, 852, 951, 977 etc. BGB. bestimmt ist. Denn die Rückgewähr nach § 37 Abs. 1 KO. und § 7 Abs. 1 AG. bestimmt sich nicht nach der Bereicherung des Anfechtungsgegners, sondern nach dem, was aus dem Vermögen des zahlungsunfähigen Schuldners herausgekommen ist.

Auch tragen die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht einen solch allgemeinen Charakter, dass sie wie die Bestimmungen über Unmöglichkeit, Verzug auf alle Schuldverhältnisse Anwendung finden. Denn die ungerechtfertigte Bereicherung erfordert einen genau begrenzten Tatbestand, ihre Regeln erstrecken sich nur durch ausdrückliche Bezugnahme auf andere Rechtsverhältnisse. Auch aus ihrer Stellung im System des BGB. ergibt sich, dass die ungerechtfertigte Bereicherung nicht zu den allgemeinen Vorschriften der Schuldverhältnisse gehört.

Die Ansicht der Motive, welche für den Umfang der Rückgewähr die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung aus der Haftung des Anfechtungsgegners als unredlichen Besitzers zur Anwendung gelangen lassen, beruht auf der Auffassung vom deliktischen Charakter des Anfechtungsanspruches. Wird die Deliktsnatur bestritten, so fällt auch die Haftung als unredlicher Besitzer hinweg.

Obwohl die bisherigen Darlegungen das Resultat ergeben haben, dass für die Rückgewährpflicht im allgemeinen die

Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht zur Anwendung gelangen, erfordern die §§ 37 Abs. 2 KO. und § 7 Abs. 2 AG. eine spezielle Prüfung dieser Frage.

Es mag von vornherein festgestellt werden, dass der Grund der Vermögensverminderung auch hier nicht in Wegfall gekommen ist, dass auch hier der Grund der Anfechtung in der Benachteiligung der Befriedigung der Gläubiger liegt, dass also ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung dem Grunde und Wesen nach nicht geltend gemacht werden kann. In dieser Beziehung tritt eine Verschiedenheit mit den Ergebnissen der Untersuchung zu § 37 Abs. 1 KO. und § 7 Abs. 1 AG. nicht ein.

Dagegen ist der Umfang der Rückgewähr in Abs. 1 und Abs. 2 der cit. §§ im Gesetz ausdrücklich niedergelegt. Während bei der Anfechtung im allgemeinen die Rückgewährpflicht unbeschränkt ist, erstreckt sie sich im Fall des gutgläubigen anfechtbaren Empfangs einer unentgeltlichen Leistung nur auch auf die noch vorhandene Bereicherung.

Was unter Bereicherung zu verstehen ist, lassen die Anfechtungsbestimmungen nicht erkennen. Man muss also hinsichtlich der Auslegung des Begriffs der Bereicherung auf allgemeine Rechtsnormen zurückgehen. Im BGB. findet sich allerdings eine genaue Definition der Bereicherung auch im Kapitel über die ungerechtfertigte Bereicherung nicht. Die Motive [1]) äussern sich folgendermassen darüber: „Die Ausbildung des Begriffs der Bereicherung wird der Wissenschaft und Praxis überlassen". „In concreto ist auf die gesamte Vermögenslage des Empfängers Rücksicht zu nehmen." Allein das BGB. gibt wenigstens die Anhaltspunkte für den Umfang der Haftung der Bereicherung. Indirekt bestimmt es also, inwieweit noch eine Bereicherung anzunehmen ist. Denn wenn eine Bereicherung nicht vorhanden ist, ist auch für die Haftung für die Bereicherung kein Platz mehr.

Dass aber zur Auslegung des Umfanges der Bereicherung bei der Gläubigerbenachteiligung auf die entsprechenden Vorschriften im BGB. zurückzugehen ist, wird nirgends bestritten.

[1]) Mot. z. Entw. n. bürgerl. Gesetzb. Bd. II, Aufl. 2, S. 837.

In den Motiven zur KO. wird auf S. 152 (Erl. zu §§ 30—32 KO.) auf das Landesrecht bezw. jetzt auf das BGB. verwiesen, auch das RG.[1]), sowie die Kommentatoren vertreten die Ansicht, dass hinsichtlich des Umfangs der Bereicherung das bürgerliche Recht heranzuziehen ist.

Der gutgläubige Empfänger einer anfechtbaren unentgeltlichen Verfügung muss also die gezogenen Nutzungen, soweit er sie noch hat, sowie dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes, oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt, herausgeben. Falls er zur Herausgabe ausserstande ist, hat er den Wert zu ersetzen. Der Wertersatz tritt auch bei der Konsumtion der erlangten Sache ein, falls der Emptänger durch den Verbrauch der Sache Ersparungen gemacht hat.

Die Bedeutung der Heranziehung der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung liegt aber mit E. nur darin, dass sie zum Zweck der Auslegung in Betracht zu ziehen sind, nicht aber darin, dass die Klage auf diesen Paragraphen gestützt werden kann, da § 818 BGB. im Gesetz nicht selbst herangezogen ist. Das Klagebegehren beruht also in diesen Fällen nur auf § 37 Abs. 2 KO. und § 7 Abs. 2 AG.

Wenn man nun eine Heranziehung des § 818 BGB. wenigstens zum Zweck der Auslegung nicht vermeiden kann, so ist eine Anwendung des § 819 für den bösgläubigen Empfänger einer anfechtbaren, unentgeltlichen Leistung überhaupt nicht gerechtfertigt.

Folgt man der Anschauung der Motive, die zwischen gut- und bösgläubigen Besitzer hinsichtlich des Umfangs der Rückgewährpflicht unterscheidet, so ergibt sich, dass der bösgläubige Besitzer nach § 37 Abs. 1 KO. und § 7 Abs. 1 AG. haftet, ohne dass es auf eine Bereicherung überhaupt ankommt. Da die Anfechtung von einer Bereicherung nicht mehr abhängig ist, so kommen auch die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung in Wegfall; es könnten nur die Vorschriften über

[1]) Gruchot, Bd. 36, S. 1192 ff.

den bösgläubigen Besitzer nach §§ 990, 987, 989 zur Anwendung gelangen.

Hält man aber an dem Unterschied zwischen den gut- und bösgläubigen Anfechtungsgegnern nicht fest, so ergibt sich, dass die Rückgewährpflicht des Anfechtungsgegners sich nach § 37 Abs. 1 KO. und § 7 Abs. 1 AG. bemisst. Nur für den Fall des gutgläubigen Empfangs treten die Abs. 2 der cit. § § in Wirksamkeit. War der Empfänger der unentgeltlichen Leistung nicht gutgläubig, so bestimmt sich seine Rückgewährpflicht nach § 37 I KO. und § 7 I AG., nicht aber nach § 819 BGB. Denn bei dem nicht gutgläubigen Empfänger richtet sich die Rückgewährpflicht nicht nach demjenigen, was der Empfänger erlangt hat, sondern darnach, was aus der Masse herausgekommen ist. Für die Nichtanwendung des § 819 sind dieselben Gründe anzuführen, aus welchen die Anwendung der Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung auf die Rückgewährpflicht im allgemeinen abgelehnt wird.

Wenn sich nun auch eine Anwendung der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung auf die Anfechtungsansprüche im Allgemeinen nicht rechtfertigen lässt, so möchte ich nicht unterlassen hervorzuheben, dass beide Gesetze doch in gewissem Sinne dem gleichen gesetzgeberischen Motiv entspringen. Vermögensveränderungen, die in rechtsgültiger Form vorgenommen, an sich rechtsgiltig sind, als materiell unbillig rückgängig zu machen, bezw. die schädlichen Folgen zu beseitigen.

§ 13.

Sicherung des Anfechtungsanspruchs.

Die Durchführung der Anfechtung kann oft längere Zeit in Anspruch nehmen. Gemäss den Regeln über den gutgläubigen Erwerb und kraft des Eigentumsrechts des Anfechtungsgegners am Anfechtungsgegenstand kann der Anfechtungsgegner über die Sache rechtsverbindlich verfügen, so dass nach Beendigung des Prozesses die Sache oft nicht mehr vorhanden

wäre. Durch geeignete Vorkehrungen kann aber die Durchführung des Anfechtungsanspruches gesichert werden. Solche Mittel sind gegeben in den §§ 916 ff., 938 ff. CPO. Soweit bewegliche Sachen in Betracht kommen, kann gemäss § 938 CPO., wenn der Anfechtungsanspruch glaubhaft gemacht wird, die Pfändung verlangt werden. Handelt es sich um die Rückgewähr von Immobilien oder anderem grundbuchmässigen Erwerb, so kann die Eintragung einer Vormerkung verlangt werden, soweit die konkursrechtliche Anfechtung in Betracht kommt. Eine Vormerkung nach § 883 BGB. ist ja gegeben „zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Rechte, oder auf Aenderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechtes". Der Anfechtungsanspruch ist aber ein derartiger Anspruch.

Bei der konkursrechtlichen Anfechtung geht der Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks, bezw. der Hypothek usw. Die Eintragung einer Vormerkung wird auch von Allen zugegeben, welche dem Anfechtungsanspruch nur obligatorische Wirkung zumessen (siehe Biermann S. 142 ff., Turnau-Foerster Bd. I, Erl. zu § 883 BGB., ebenso Planck, Komm. zum BGB., Erl. zu § 883 ebenso das RG).

Dagegen ist ein Widerspruch nicht berechtigt, da ja trotz der Anfechtung der Anfechtungsgegner Eigentümer bleibt und ein Widerspruch nur eingetragen werden kann, wenn der Inhalt des Grundbuches mit oder wirklichen Rechtslage nicht im Einklange steht (§ 894 BGB.). Dies ist aber bei der Anfechtung nicht der Fall. Ein Widerspruch könnte nur eingetragen werden bei Annahme der dinglichen Wirkung der Anfechtung.

Bei der Anfechtung ausserhalb des Konkurses ist aber auch die Eintragung einer Vormerkung nicht zulässig, denn in diesem Falle geht der Anspruch nicht auf eine Uebertragung eines Rechtes am Anfechtungsgegenstande der durch Vormerkung geschützt werden kann. Der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist kein der Eintragung fähiges Recht.

Eine Sicherung durch Arrest § 916 CPO. kann sich ergeben, wenn der Anfechtungsgegner den anfechtbaren Erwerb nicht mehr hat. Der Rückgewähranspruch geht dann auf eine Geldforderung nämlich den Ersatz der Naturalleistung in Geld. Wegen einer Geldforderung aber kann die Verhängung des Arrestes in Anwendung gebracht werden.

Zum Schlusse erfülle ich die angenehme Aufgabe, Herrn Professor Dr. Oertmann für die freundliche Ueberlassung des Themas und Uebernahme des Referats den herzlichsten Dank abzustatten.

Literatur-Verzeichnis.

Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsfähigen Schuldners nach deutschem Recht. Stuttgart 1884.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Jena.

Otto, Die Anfechtung von Rechtshandlungen. Leipzig 1881.

Korn, Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners in und ausser dem Konkurse. Berlin 1882.

Grützmann, Das Anfechtungsrecht d. benachteiligt. Konkursgläubiger. Leipzig 1882.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechtes. Berlin 1907.

Seuffert, Deutsches Konkursprozessrecht. Leipzig 1899.

Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Auflage. Freiburg 1898.

Menzel, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht. 1886.

J. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechtes. Stuttgart 1891.

— Leitfaden für das deutsche Konkursrecht. Stuttgart 1903.

— Grundriss der CPO. einschliesslich des Konkursrechtes. Stuttgart 1908.

Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren. 3. Auflage. Berlin 1904.

Rintelen, Das Konkursrecht. 2. Auflage. Halle 1902.

Endemann, Das deutsche Konkursverfahren. Leipzig 1889.

v. Aufsess, Konkursrecht und Konkursverfahren. Leipzig 1899.

Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe. Berlin 1899.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht.

— Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

— Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft.

Schultze, Das Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen. 1888.

Horstmann-Meikel, Das Anfechtungsgesetz. 5. Auflage. Berlin 1904.

Müller, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger innerhalb und ausserhalb des Konkurses. Tübingen 1902.

Linsmayer, Grund und Umfang der Haftung wegen Benachteiligung der Gläubiger. München 1900.

Gaze, ... Die rechtliche Folge der Anfechtung einer anf. Rechtshandlung im Konkurse. Halle 1903.

Falkmann, Die Anfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens. Berlin 1908.

Silbermann, Die Konkurs auliana. Würzburg 1902.

Biermann, Widerspruch und Vermerkung. Jena 1901.

Jaeger, Kommentar zur KO. 2. Auflage. Berlin 1904.

— Gläubigeranfechtung ausserhalb des Konkurses. Berlin 1905.

Meyer Karl, Die Konkursordnung. München 1899.

Petersen-Kleinfeller, Die Konkursordnung. 4. Auflage. Lahr 1900.

Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Auflage. Berlin 1906.

Sarwey-Bossert, Die KO. für das deutsche Reich.

Wolff, ... Die Konkursordnung. Berlin 1900.

Meisner, Die deutsche Konkursordnung nebst Einführungsgesetzen. Berlin 1881.

Jaeckel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner. 2. Auflage. 1889.

Stiebeling, Das Recht der Anfechtung nach der KO. Berlin 1908.
— Das Recht der Anfechtung nach dem AG. Berlin 1907.
Bernhardi, Kommentar zum Anfechtungsgesetz. Berlin 1903.
Meves, ... Die KO. für das das deutsche Reich. Breslau 1881.
Völderndorff, Die KO. 2. Auflage. Erlangen 1885.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes.
Gaupp-Stein, Kommentar der CPO. für das deutsche Reich.
Seuffert, Kommentar der CPO. München 1907/08.
Sydow & Busch, Civilprozessordnung. Berlin 1906.
Steiner, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. München 1905.
von der Pfordten, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz. München 1905.
Reinhard, Das Zwangsversteigerungsgesetz. Leipzig 1901.
Fischer-Schaefer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen Berlin 1902.
Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. 2. Auflage. Paderborn 1902.
Staudinger, Kommentar zum BGB., Bd. III.
Planck, Kommentar zum BGB., Bd. III.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch.
Hahn, ... Gesammelte Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 4.
Hahn-Mugden, Gesammelte Materialien zu d. Reichsjustizgesetzen. Bd. 7. Berlin 1898.
v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.
Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.
Stilve, Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. (Inaugur.-Diss.) Strassburg 1899.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1902.
Dernburg, Bürgerliches Recht, Bd. II. Halle 1905.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1898.
Oertmann, Allgemeiner Teil, 2. Auflage. Berlin 1908.
— Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Auflage. Berlin 1906.

Zeitschriften:

Archiv f. zivilistische Praxis. Bd. 91. (Wendt, die Konkurs- oder Gläubigeranfechtung).
Zeitschrift für deutschen Zivilprozess. Bd. 10, 26, 33, 20.
Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege. Bd. 4.
Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung.
Das Recht. Jahrgang 1905, 1907.
Juristische Wochenschrift.
Herings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts. II. Folge, 11. Bd. (47. Bd. der Gesamtfolge).

Entscheidungssammlungen:

Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
Jahrbuch des deutschen Rechts.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Fuchsberger, Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts u. d. RG., 8teil. KO. Giessen 1896.
Fuchsberger-Keidel, 1 Ergänzungsband, Giessen 1908.